

[illegible]

Princeton University Library



32101 074498765



عبد الرحمن الصابوني

دكتور في الحقوق

مدرس في جامعة دمشق

مدى حرّية الزوجين في الطلاق

في الشريعة الإسلامية

بمبحث متارن

(٢)

تقديم

الدكتور مصطفى سباعي

وكيل كلية الشريعة

ورئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه

في جامعة دمشق

رسالة للحصول على الدكتوراه في الحقوق من جامعة القاهرة

عبد الرحمن الصابوني

دكتور في الحقوق

مدرس في جامعة دمشق

مجاز من معهد الشريعة الإسلامية

لدراسات العليا بجامعة القاهرة

دبلوم في العلوم القانونية

شهادة اختصاص في الحقوق الخاصة

مدى حرمة الزَّوجَيْنِ في الطَّلَاق

في الشريعة الإسلامية

بمختار

(٢)

تقديم

الدكتور مصطفى سباعي

وكيل كلية الشريعة

ورئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه

في جامعة دمشق

رسالة للحصول على الدكتوراه في الحقوق من جامعة القاهرة





الباب الثالث

الطلاق باتفاق الزوجين

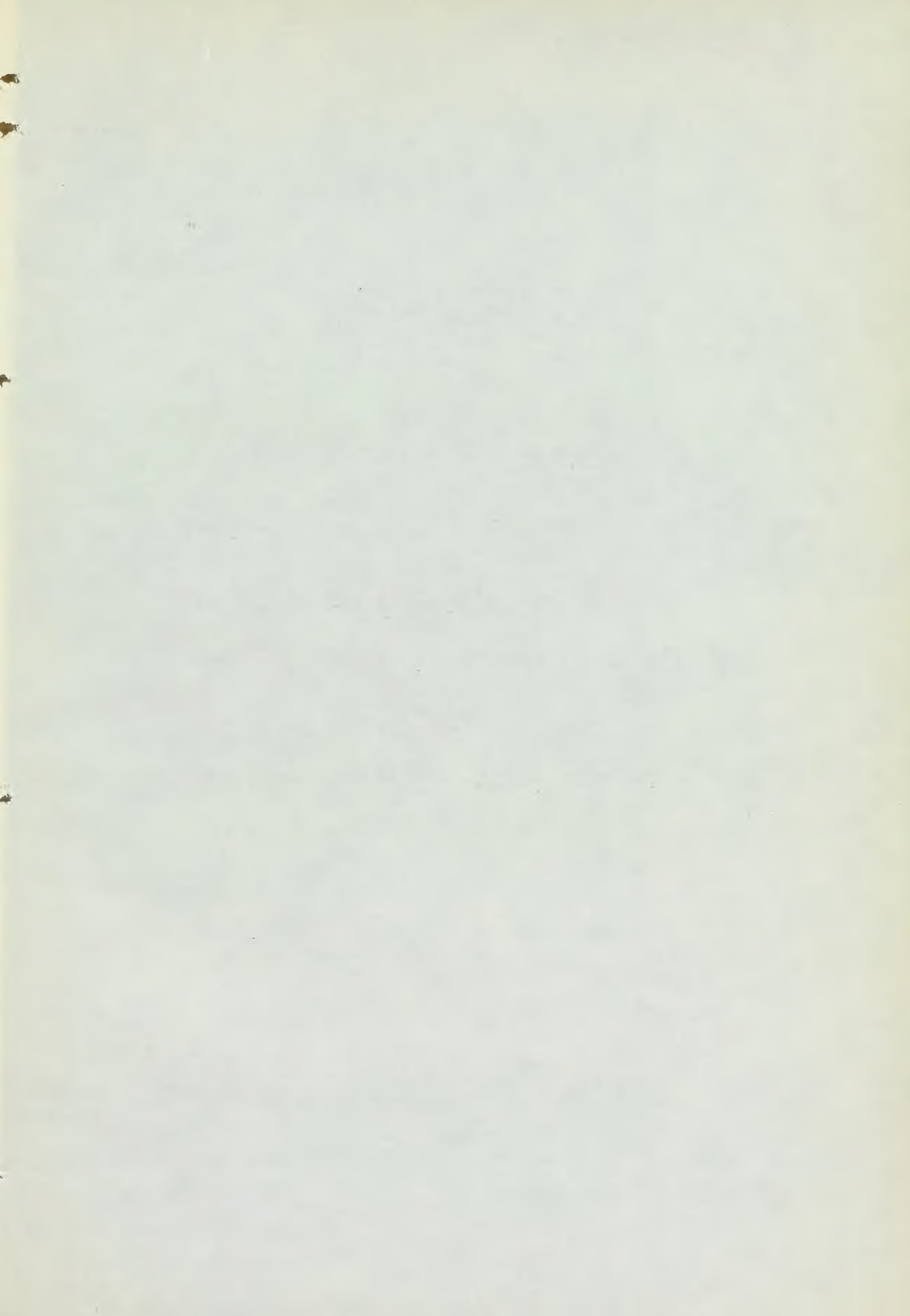
وهو يتضمن

الفصل الأول: الخلع في الشريعة الإسلامية

الفصل الثاني: الطلاق باتفاق الزوجين لدى الاصم القديمة

والشرائع السابقة

الفصل الثالث: الطلاق باتفاق الزوجين في القوانين الأجنبية المعاصرة



مقدم

يتم الزواج بإيجاب وقبول من الزوجين . والاصل في كل عقد تم بإرادتين ان ينتهي كذلك اذا ما اتفق المتعاقدان على انهاء ما تعاقدوا عليه .

اما الزواج فهو وان كان عقدا ولكنه ليس كسائر العقود لما له من صفة قدسية حتى ان بعض الامم والشرائع لا تسميه عقدا بل نظاماً له قوانينه وتشريعاته الخاصة .

والاسلام وقد جعل الاصل في انهاء الحياة الزوجية هو الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة لم يغفل جانب المرأة في هذا الموضوع الخطير التي يتصل بحياة المرأة كما اعطى للقاضي هذا الحق لان الحياة الزوجية تتصل بكيان الاسرة نواة المجتمع التي تتكون من مجموعات الامة .

وفضلاً عن ذلك كله فقد اباح الاسلام للزوجين اذا ما اتفقا على انهاء الحياة الزوجية بينهما على ان تدفع الزوجة لزوجها مبلغاً من المال لا يتجاوز ما ساقه اليها من مهر - على ما ذهب اليه بعض الفقهاء - حينئذ اباح له ذلك لئلا يتضرر بما دفعه وتكبد من نفقات .

ولا يرد على هذا النظام الاسلامي اعتراض مفاده ان الزواج طالما تم بإرادتين فيجب كذلك ودائماً ان ينتهي باتفاق بين الرجل والمرأة ، والجواب على هذا أننا لو حصرنا حق الانفصال بين الزوجين بهذا الشكل وتعنّت احد

الطرفين وغالباً ما يفعل ذلك اضراً بزوجهم الآخر الذي لم يلجأ الى طلبه الا وهو في حالة الشقاق والحصام فلا يتحقق طلاق ابدى .

ولهذا جاء الاسلام فجعل الاصل ان يكون الطلاق بيد الرجل واعطاء المرأة في ظروف معينة سبق ان اشرنا اليها كما اعطى القاضي حق التفريق في حالات خاصة ثم اباح للزوجين ان ينهيا حياتهما الزوجية باتفاقهما .

* * *

الفصل الأول

الخلع في الشريعة الاسلامية

المبحث الاول

مفظة الخلع ومشروعيتها

تعريف الخلع :

قلنا أن الفرقة بين الزوجين في الشريعة الاسلامية تكون بأشكال مختلفة فتارة تكون بإرادة الرجل وتارة تكون بحكم الشرع وتارة تكون بحكم القاضي وتارة تكون باتفاق بين الزوج وزوجته وفي هذه الحالة تسمى الفرقة بالخلع . فما هو الخلع ؟

الخلع لغة : الازالة . يقال خلع الرجل ثوبه خلعاً (بفتح الخاء) أي إزالة عن جسده .

وخلع الرجل زوجته خلعاً (بضم الخاء) أي إزال عصبته . أو هو إنهاء عقد الزواج على بدل تدفعه الزوجة لزوجها .

واخلع شرعاً :

- إزالة عقد النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو مافي معناه .
وقد عرفه الفقهاء بتعريفات شتى نذكر منها : —
تعريف ابن نجيم من الاحناف في البحر الرائق ^(١) :
« إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو مافي معناه » .
تعريف النووي من الشافعية في المنهاج ^(٢) :
« فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع ^(٣) » .
تعريف منصور البهوتي من الحنابلة في كشف القناع ^(٤) :
« فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصه » .
تعريف الشهيد العاملي من الجعفرية في الروضة البهية ^(٥) :
« الطلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج » .
وعرفه صاحب الجواهر بأنه إزالة قيد النكاح بفدية من الزوجة وكرهه
منها له خاصة بدون العكس .
تعريف خليل من المالكية في مختصره ^(٦) : « الطلاق بعوض » .

(١) البحر الرائق ٧٧/٤ وفي الزيلعي ٢٦٧/٢ : اخذ المال بأزاء ملك النكاح بلفظ الخلع
وعرفه ابن الهمام في الفتح ٢٠٠/٣ إزالة ملك النكاح ببذل بلفظ الخلع » .
وراجع تعريف الحصكفي في الدر ٣٩٥/١ فإنه يشبه تعريف البحر —
وقال في الجوهر ٥٩/٢ عقد بين الزوجين المال فيه من المرأة تبذله فيخلعها أو يطلقها .
(٢) نهاية المحتاج ٤٧/٦ .
(٣) وقد زاد الرملي في شرحه : بعوض مقصود راجع لجهة الزوج — المصدر السابق
وعرفه ابن حجر في الفتح الباري ٣٢٦/٤ فراق الرجل زوجته ببذل قابل للعوض
يحصل لجهة الزوج .
(٤) ومثله في الإنصاف ٣٨٢/٨ ومنتهى الإرادات ١٨٤/٣ وكشاف القناع ١٦٧/٥ .
(٥) الروضة البهية ١٦٣/٢ .
(٦) حاشية الدسوقي ٥٦/٢ وقال الدردير تعليقاً على تعريف خليل « هذا هو الاصل فيه »

تعريف ابن حزم من الظاهرية في المحلى (١) :

هو الافتداء اذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لاتوفيه حقه او خافت أن يبغضها فلا يوفيهها حقها فلها أن تفتدي منه ويطلقها ان رضي هو وإلا لم يجبر هو ولا اجبرت هي إنما يجوز بتراضيها .

تعريف الشوكاني في نيل الأوطار (٢) : « فراق الرجل زوجته ببدل يحصل له » .

تعريف اطفيش من الإباضية في شرح النيل (٣) : « فرقة بين الزوجين بردها اليه صداقها وقبوله اياه » .

• • •

التعريف الذي نضعه للخلع :

الخلع هو انتهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين او بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغاً من المال لا يتجاوز مادفعه اليها من مهر .

وقد راعينا في وضعنا هذا التعريف عدة امور :

١ - ان الخلع قد يكون بطلب من الزوجة او من الزوج .

٢ - وقد يتم بالتراضي بين الزوجين وإلا كان بحكم القاضي .

= وقد يكون بلا عوض اذا كان بلفظ الخلع بدون عوض والجواب ا . تعريف لا أحد نوعي الخلع وترك تعريف النوع الآخر اكونه بديهاً » .

اما انا فأرجح ان عدم ذكر (خليل الخلع بلا عوض) في تعريفه لا للأسباب التي ذكرها الدردير والدسوقي بل لان في مذهب مالك خلافاً حول هذا الموضوع فأشهب ينقل عن مالك ان الخلع لا يكون إلا بعوض فحسباً للتراع اقتصر في تعريفه على ذلك . ويؤيد ذلك تعريف ابن رشد في المقدمات ١٠٧/٢ - الخلع : بذل جميع المال على الطلاق .

(١) المحلى ٢٣٥/١٠ .

(٢) نيل الاوطار ٢٤٧/٦ .

(٣) شرح النيل ٤٨٠/٣ .

- ٣ - لا بد فيه من عوض تدفعه الزوجة لزوجها وإلا كان طلاقاً .
٤ - يجب ان لا يتجاوز ما تدفعه الزوجة لقاء ذلك مقدار مهرها لئلا يتعسف الزوج في قبوله .
٥ - ولم نتعرض في تعريفنا لأثر الخلع وهل هو فسخ ام طلاق نظراً للخلاف القائم وسيأتي تفصيل ذلك^(١) .

• • •

(١) ويلاحظ ان بعض هذه الامور يختلف فيها بين الفقهاء انما وضعناها حسب المنهج الذي اخترته ورجعته في بحثي الخلع .

مصدر الخلع

جاءت أحكام الخلع في القرآن والسنة وانهقد الاجماع على ذلك .

١ - القرآن الكريم :

أما القرآن : فقد وردت آيات كثيرة أخذ منها الفقهاء أحكام الخلع واستنبطوا القواعد الفقهية التي سوف نقتناؤها بالشرح في هذا البحث ، وبما يجدر ذكره ان الآية التي جاءت بأحكام الطلاق هي الآية التي جاءت بأحكام الخلع . قال الله تعالى (١) :

« الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان . ولايجل لكم أن تأخذوا مما انتمبوهن شيئاً ، إلا ان يخافا الايقيا حدود الله ، فان خفتم ألايقيا حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون . »

بعد ان ذكر الله تعالى أن الطلاق مرتان وعقب كل مرة إما امسك بمعروف أو تسريح بإحسان ، ذكر الله تعالى أن أخذ المال من الزوجة بما اعطاها محرم ، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي : إذا ماخشى الزوجان عدم اقامة حدود الله فيما بينهما ، كبغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها في بيتها أو مع زوجها . ففي هذه الحال التي يحصل فيها الشقاق بين الزوجين لعدم حب أحدهما الآخر أو سوء خلقه أو سلوكه أو ارتكابه فاحشة مثلاً فأصبحت الحياة بينهما لايراعى فيها أحكام الله التي شرعها الزوجين ، في هذه الحال يجوز الزوج ان يأخذ من زوجته ما لا ليطلقها . ويسمى هذا بالخلع كما جاءت السنة النبوية بتطبيقه وشرحه بجملة .

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

وهناك آيات أخرى جاءت ببعض أحكام الخلع :

قال الله تعالى : (١)

« وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخذونه بهتانا وإنما مبيناً » .

وهذه الآية تمنع الزوج ان يأخذ مالا من زوجته ليطلقها اذا كان النشوز من جانبه بدليل قوله تعالى : وإن أردتم استبدال ... فالخطاب للزوج ومعناه : اذا رغب الزوج أن يستبدل زوجه او ان يتزوج زوجة أخرى فلا يظلم زوجته الاولى حتى تفقد نفسها فيطلقها .

وقال الله تعالى : (٢)

وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير ..

وقال تعالى : ان يتفرقا يغن الله كلاً من سعته . (٣)

أي ان امرأة خافت من زوجها اعراضاً أو نفوراً أو كراهة بها او حباً لغيرها ، فلاثم عليها في هذه الحالة ان يصلح بينهما والصلح خير ، أي خير من الفراق (٤) : ولم يذكر الفراق ولكن إذا لم يتم الصلح فلا بد من الفراق لتعذر استمرار الحياة بين زوجين لا يقيمان حدود الله في معاشرتهم .

• • •

(١) سورة النساء آية ٢٠

(٢) سورة النساء آية ١٢٨

(٣) سورة النساء آية ١٣٠

جاء في تفسير القاسمي ١/٥٩٣ : قال بعض مفسري الزيدية : وفي هذه الآية حث على الصبر على نفس الصحبة لقوله تعالى : والصلح خير اي خير من الفرقة وسوء العشرة . وقال القاسمي في قوله تعالى : وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته . فيه زجر لها عن المفارقة رغماً لصاحبه وتسليمه لها بعد الطلاق ١/٦٠٠ .

دعوى نسخ الخلع :

قال ابو عبد الله بكر بن عبد الله المزني ان الخلع لا يجوز لان اية الخلع فان خفتم الا يقيما حدود الله ... منسوخة بآية : وان أردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا^(١) .

جاء في تفسير الطبري^(٢) - عن عقبة بن ابي الصهباء قال : سألت بكر بن عبد الله عن رجل تريد امرأته منه الخلع فقال : لا يحل له ان يأخذ منها شيئا ، قلت : يقول الله تعالى ذكره في كتابه : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » قال : هذه نسخت قلت : فاني حفظت ... قال حفظت في سورة النساء في قول الله تعالى : « وان أردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتاناً وانما مبينا » .

والجواب على دعوى النسخ نقول :

ان النسخ لا يكون عادة الا حين وجرّد تعارض بين حكمين او ايتين لا يمكن الجمع بينهما فهل هذا يشمل موضوعنا ؟^(٣)
لدينا آيتان : الاولى تقول : فان خفتم الا يقيما حدود الله ... فيها اباحة للزوج ان يأخذ من مال زوجته اذا خشي عدم اقامة حدود الله كأن تكون كارهة له أو مبغضة أو تسيء عشرته أو نحو ذلك .

(١) او عبد الله بكر بن عبد الله بن عمرو بن هلال المزني البصري احد التابعين ومن كبار فهارهم . روى عنه قتادة توفي سنة ١٠٦ . طبقات ابن سعد ١٥٢/٧ .
وابو عبد الله هذا غير المزني الفقيه الشافعي تلميذ الإمام الشافعي وترجمته : ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني المصري ولد عام ١٧٥ واتصل بالشافعي سنة ١٩٩ توفي سنة ٢٦٤ قال الشافعي : المزني ناصر مذهبي .

وقد ظن استاذنا الجليل الشيخ علي الحنيف ان هذا هو الذي قال بالنسخ مع ان المزني لم يخالف استاذة فيما ذهب اليه - والمقصود الاول - فرق الزواج ص ١٦٤ .
(٢) تفسير الطبري ٥٨٠/٤ .
(٣) يقول الحفري في اصول الفتحة ص ٤٥ : إن إبطال نص لاحق لنص سابق موقوف على احد امرين : (١) ان ينص اللاحق على انه ناسخ للسابق (٢) ان يكون بين النصين تناقض بحيث لا يمكن الجمع بينهما .

والآية الثانية نقول : وان اردتم استبدال زوج مكاث زوج والخطاب هنا للزوج أي اذا اراد الزوج ان يستبدل زوجته فالسبب هنا ليس من الزوجة بل من الزوج ولهذا قال بعض الفقهاء لا يجوز للزوج ان كانت الاساءة والكرامية من جانبه ، ان يأخذ عوضا على طلاقه .

وقال جمهور الفقهاء يكره في هذه الحال .

فالله تعالى اباح الخلع في حال بغض الزوجة ونفورها وحظره في حال بغض الزوج ونفوره فهما آيتان لحكمين وحالين مختلفين فلا نسخ بينهما .

وان اجماع الصحابة ومن بعدهم الى عصرنا هذا على ان الخلع مشروع غير منسوخ قال الطبري في تفسيره (١) : فاما ما قاله بكر بن عبد الله من ان هذا الحكم في جميع الآية منسوخ ... فقول لا معنى له .

. . . .

٢ - السنة النبوية :

روي عن النبي عليه الصلاة والسلام في كتب الحديث الصحيحة روايات كثيرة في مشروعية الخلع سأذكر أهم ما اطلعت عليه منها وهي وان كانت تدور حول موضوع واحد بل حول خلع امرأة جاءت تشكو زوجها الى النبي ﷺ الا انني اخبرت جميع الروايات التي منها استمد الفقهاء احكامهم . جاء في صحيح البخاري (٢) :

(١) - عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس ابن شماس (٣) الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما أنقم على

(١) تفسير الطبري ٥٨٠/٤ .

(٢) صحيح البخاري ٣٣٠/٩ .

(٣) هو ثابت بن قيس بن شماس بن زهير بن مالك ابن امرئ القيس .

كان خطيب الانتصار ومن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم . لم يشهد بدرأ . وشهد احداً وبيعة الرضوان راجع : تاريخ الاسلام للذهبي ٣٧١/١ . طبقات ابن سعد ٢٠٦/٥ . اسد الغابة لابن الأثير ٢٢٩/١ الاصابة في ترجمة الصحابة لابن حجر ٢٠٣/١ اعلام النبلاء ٢٢٤/١ .

ثابت في دين ولا خلق ، الا اني اخاف الكفر ^(١) . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أفتردين عليه حديثه ؟ . . . قالت : نعم ، فردت عليه . فأمره ففارقها . وجاء في سنن البيهقي ^(٢) :

(٢) - من طريق عطاء قال : اتت امرأة النبي صلى الله عليه وسلم وقالت : اني ابغض زوجي واحب فراقه ، قال اتردين عليه حديثه التي اصدقك ؟ . . . قالت : نعم وزيادة : فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اما الزيادة فلا . وروى الطبري باسناده ^(٣) :

(٣) - عن عائشة : ان حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس فضرها فكسر نغضها ^(٤) . فأنت رسول الله بعد الصبح فاشتكت . فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابتا فقال : خذ بعض مالها وفارقها . قال : ويصلح ذلك يا رسول الله ؟ . . . قال : نعم . قال فاني اصدقها حديثين وهما بيدها . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : خذها وفارقها : ففعل . وروى الحاكم في المستدرك ^(٥) .

(٤) - عن عكرمة انه قال : كان ابن عباس يقول : ان اول خلع كان في الاسلام اخت عبد الله بن ابي . انها اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت :

(١) الكفر هنا معناه كفر العشير ومعنى كلامها انها تخشى ان بقيت تحت عصمته ألا تقيم حدود الله في صحبتها لانها لا تستطيع ان تؤدي واجباتها نحو زوجها وهذا لا يجوز في الاسلام فخشية ذلك طلبت الفرقة . ويفسر كلمة الكفر رواية اخرى قالت فيها لا اطيقه بغضاً . قال الشوكاني ٢٤٨/٦ اي كفران العشير والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له .

(٢) سنن البيهقي ٣١٣/٧ .

(٣) تفسير الطبري ٥٥٦/٤ .

(٤) قوله : - فكسر نغضها بضم النون وسكون الغين - العظم الرقيق على طرف الكتف

(٥) المستدرك ٢١٠/٢ - ٢١١ وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الاسناد - ووافقه

الذهبي وهو اسناد صحيح متصل - ورواه الطبري ٥٥٢/٤ .

يا رسول الله لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبدا اني رفعت جانب الحباء فرأيتهم
اقبل في عدة، فاذا هو اشدهم سوادا وأقصرهم قامة واقبحهم وجها . قال زوجها
يا رسول الله اني اعطيها أفضل ما لي ، حديقة . فان ردت علي حديقتي :
قال : ما تقولين ؟ ... قالت : نعم وان شاء زوجه . قال : ففرق بينهما .

٥ - وروى ابن عبد البر في الاستيعاب ^(١) - ان جميلة بنت ابي سلول
كانت عند ثابت بن قيس فنشزت عليه ، فأرسل اليها النبي صلى الله عليه وسلم
فقال : يا جميلة ما كرهت من ثابت ؟ قالت : والله ما كرهت منه ديننا ولا خاقتنا
الا اني كرهت دما منته فقال لها : اتردين الحديقة ؟ ... قالت : نعم فردت الحديقة
وفرق بينهما .

وقد روى هذا الحديث الطبري وقال : وقد ذكر ان هذه الآية نزلت
في شأنها .

وروى الدارقطني ^(٢)

٦ - عن ابي الزبير ان ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله
ابن ابي ابن سلول وكان اصدقها حديقة فقال النبي صلى الله عليه وسلم اتردين
عليه حديقته التي اعطاك ؟ ... قالت نعم وزيادة . فقال النبي صلى الله عليه وسلم
اما الزيادة فلا ولكن حديقته . قالت نعم فأخذها له وخلي سبيلها ، فلما بلغ ذلك
ثابت بن قيس ، قال : قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .

رواه الدارقطني باسناد صحيح وقال : سمعه ابو الزبير من غير واحد .

٧ - وروى احمد في مسنده ^(٣) :

ان حبيبة بنت سهل الانصارية كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وان

(١) الاستيعاب ص ٧٣٢-٧٣٣ .

(٢) منتخب الأخبار من احاديث سيد الاخبار ٦/٢٤٧ .

(٣) مسند احمد ٦/٤٣٣ - ٤٣٤ .

رسول الله رآها عند بابہ بالجلس فقال رسول الله : من هذه ؟ قالت انا حبيبة بنت سهل ، لا انا ، ولا ثابت ابن قيس !! لزوجها . فلما جاء ثابت قال له رسول الله : - هذه حبيبة بنت سهل تذكر ما شاء الله ان تذكر . فقالت حبيبة يا رسول الله كل ما اعطانيه عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذ منها . فاخذ منها وجلست في بيتها .

رواه الشافعي في الام .

ورواه البيهقي في سنته (١) .

رواه عبد الرزاق في المصنف (وهو من مصورات المخطوطات العربية) (٢) .

رواه الطبري في تفسيره (٣) .

وجاء أيضاً هذا الحديث في تفسير قوله تعالى : الطلاق مرتان في احكام القرآن للقرطبي (٤) .

٨ - وروى الترمذي (٥) - عن الربيع بنت معوذ انها اختلعت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي او أمرت ان تعتد بجيذه . رواه الترمذي وقال : حديث الربيع الصحيح انها أمرت ان تعتد بجيذه .

٩ - وروى ابو داود والترمذي (٦) - عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تعتد بجيذه - رواه ابو داود ، والترمذي ، وقال حديث حسن غريب .

١٠ - وروى البيهقي : ان ربيع بنت معوذ جاءت هي وعمها الى عبد

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٣١٢/٧ - ٣٣ .

(٢) مصنف عبد الرزاق مخطوط . صور ج ٤ ص ١٧ معبد المخطوطات .

(٣) تفسير الطبري ٤/٥٥٥ وانظر التعليق فإنه مفيد ونجرب هذا الحديث في هامش التفسير للاستاذ شاكر . ورواه السيوطي في الدر المنثور ١/٢٨٠ .

(٤) القرطبي ٣/١٣٨ .

(٥) منتقى الاخبار ٦/٦ : ٢ .

(٦) منتقى الاخبار . المصدر السابق .

الله بن عمر وأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمن عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال عبد الله ابن عمر : عدتها عدة المطلقة ^(١) .

١١ - وروى البخاري ^(٢) : - عن عكرمة عن ابن عباس ان امرأة ثابت ابن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما عتب عليه في خلق ولا دين . ولكني اكراه الكفر في الاسلام ، فقال رسول الله اتودين عليه حديقته ؟... قالت نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ^(٣) .

. . .

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٣١٥/٧ .

(٢) صحيح البخاري ٣٢٩/٩ .

(٣) وقع خلاف حول نسبة امرأة ثابت بن قيس هل هي بنت سلول أم بنت عبد الله بن أبي أم بنت أبي - فقد جاء في رواية ابن عباس أنها بنت سلول . وفي حديث أبي الزبير أنها بنت عبد الله بن أبي سلول . وفي رواية البخاري أنها بنت أبي . قال بن الاثير والنووي : أنها اخت عبد الله وجزما بذلك .

ونقل ابن سعد في الطبقات : جميلة بنت عبد الله بن أبي - وقال الدماطي والذي وقع في البخاري من أنها بنت أبي وم قال ابن حجر : : جميلة هي اخت عبد الله . لكن نسب اخوها الى أبي كما نسبت هي الى جدتها سلول .

وكذلك وقع خلاف حول اسمها هل هي جميلة أم حبيبة بنت سهل ؟.. قال البيهقي : اضطرب الحديث في تسمية امرأة ثابت ويمكن ان يكون الخلق تعدد من ثابت . قال ابن عبد البر : اختلف في امرأة ثابت بن قيس . فذكر البصريون أنها جميلة بنت أبي وذكر المدنيون أنها حبيبة بنت سهل . وقال الذهبي في اعلام النبلاء : اسمها : جميلة بنت عبد الله بن أبي سلول . قال ابن حجر : الذي يظهر لي أنها قصتان وقعتا لامرأتين اشهره الخبرين وصحة الطريقتين واختلاف السياقين - طبقات ابن سعد ٣٢٦/٨ - فتح الباري ٩٢٧/٩ ، اعلام النبلاء ٦٩/١ نيل الاوطار ٢٤٨/٦ .

الاجماع :

اجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالف الا بكر بن عبد الله المزني ولكن الاجماع انعقد قبل خلافه .

قال مالك (١) :

لم ازل اسمع ذلك من اهل العلم وهو الامر المجتمع عليه عندنا وهو ان الرجل اذا لم يضر بالمرأة ولم يسيء اليها ولم تؤت من قبله واحبت فراقه فانه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم .

وقال ابن قدامة في الخلع :

وهو قول عمر وعثمان ... ولم نعرف لهم في عمرهم مخالفا: فيكون اجماعا (٢).
وجاء في فتح الباري : واجمع العلماء على مشروعيته الا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور (٣) .

وقد ذكر الشوكاني في فتح القدير بعد ان حكى رأي المزني قال :
وهو قول خارج عن الاجماع (٤) .

وقال ابن عبد البر : ولا نعلم احدا خالفه الا بكر بن عبد الله المزني (٥)
فالاجماع منعقد على مشروعية الخلع .

• • •

(١) المدونة ٢٢/٥ تفسير القرطبي ١٣٨/٣ .

(٢) المغني ١٧٤/٨ .

(٣) فتح الباري ٣٤٦/٩ .

(٤) تفسير الشوكاني : فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية ٢١٣/١ .

(٥) ١٧٤/٧ .

صفة الخلع

نريد ان نبحث هنا الاصل في الخلع وهل هو مكروه ام مباح بعد ان تتوفر شروطه .

هل الخلع مباح ام مكروه؟.. بصرف النظر عما يعتريه من حالات الوجوب كما لو حكم به حكمان او امر القاضي به .

لم أر من الفقهاء من بحث الخلع بصرف النظر عن انه طلاق فكل من بحث في هذا الموضوع قال انه طلاق والاصل في الطلاق الاباحة او الحظر . بل بعضهم علل ذلك بأن كل ما ذكر من كراهة أو تحريم هو فيما يتعلق بالعوض . أما الخلع فتسري عليه احكام الطلاق . ولكني أرى ان قياس الطلاق على الخلع في الحظر والاباحة غير دقيق . فالطلاق هو فرقة تتم بإرادة الزوج وحده . أما الخلع فهو اتفاق بين الزوجين على انتهاء الحياة الزوجية فالفرق بينهما واضح . والحالة التي يكره فيها الخلع هي حين تطلب الزوجة من زوجها الطلاق بدون سبب يستوجبه . وبهذا جاءت الأحاديث التي تدم الخلع .

فإذا طلبت الزوجة الخلع وكان ذلك بدون سبب فهذا مكروه ولكن بالنسبة للزوج اذا ماطلقها هل هذا يعتبر محظوراً لانه طلاق بدون سبب ؟.. اعتقد ان طلب المرأة من زوجها ان يطلقها يعتبر سبباً يبيح له الطلاق لان من تطلب الطلاق يصعب الحياة معها وان استمرت فالى امد قريب .

اما آراء ونصوص الفقهاء التي اطلعت عليها في هذا الموضوع فأني اثبتها هنا لعل القارئ يجد فيها بعض ما وجدت او يخالفني ولكل رأي فيما يفهمه ويراه . جاء في الروضة الندية ^(١) : « لو اختلعت نفسها بلا سبب فجاءت مع الكراهة لأن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه لم يفتشوا عن سبب الاختلاع من جانبها .

(١) الروضة الندية ٦٠/٢ .

ولكنني أقول ان النبي عليه السلام وان لم يسأل زوجة ثابت عن سبب بغضها زوجها فانها هي التي ذكرت له ذلك بقولها : لا اعتب على ثابت في خلق ولادين ولكنني لا اطيقه بغضا . فماذا يسألها بعد ذلك .

واستشهد من قال بكراهية الخلع باحاديث عن النبي عليه السلام منها :
مارواه ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ايما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة ^(١) : ولكن هذا الحديث صريح بان كراهية الخلع اذا لم يكن هناك سبب يدعو اليه .
وبما رواه الحسن البصري عن ابي هريرة عن النبي عليه السلام . المنتزعات والمختلعات هن المنافقات ^(٢) .

ولكن ابن حزم رد هذا الحديث وقال : قال الحسن : لم اسمعه من ابي هريرة فسقط الاستدلال بهذا الحديث ^(٣) .

وقال ابن حجر : اخرج احمد والنسائي وفي صحته نظر لان الحسن عند الاكثر لم يسمع من ابي هريرة ^(٤) .

وجاء في تحفة المحتاج ^(٥) : واصله مكروه وقد يستحب كالطلاق .
وقال في مغني المحتاج ^(٦) : ولكنه مكروه لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب الشرع .

وجاء في فتح الباري ^(٧) : وهو مكروه الا في حال مخافة الا يقيما حدود الله او واحد منها ما امر به .

(١) تفسير الشوكاني ٢١٤/١ جاء في المثني ١٧٤/٨ وقال رواه ابو داود .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٣٧٦/٧ .

(٣) المحلى ٢٣٦/١٠ .

(٤) فتح الباري ٣٣٢/٩ .

(٥) تحفة المحتاج ٤٥٧/٧ .

(٦) مغني المحتاج ٢٦٢/٣ .

(٧) فتح الباري ٣٤٦/٩ .

وقد ينشأ ذلك عن كراهة العشرة اما لسوء خلق او خلق .

وقال الدسوقي^(١) : ان الخلع جائز على المشهور وليس بمكروه .

وقيل يكره . وهو قول ابن القصار . واعلم ان الخلاف فيه من حيث
المعاوضة على العصاة واما من حيث كونه طلاقا فهو مكروه بالنظر لأصله
اتفاقاً . لقوله عليه السلام : ابغض الحلال الى الله الطلاق .

وقال في المختصر النافع : لو خالها والاخلاق ملتزمة لم يصح ولم يملك الفدية^(٢)

وجاء في المغني^(٣) : اذا خالعت المرأة زوجها والحال عامرة والاخلاق
ملتزمة فانه يكره لها ذلك .

وجاء في الانصاف^(٤) : واذا كانت المرأة مبغضة للرجل او تخشى ان
لا تقيم حدود الله في حقه فلا بأس ان تفتدي نفسها منه . فيباح للزوجة ذلك .
والحالة هذه على الصحيح من المذهب . وعليه اكثر الاصحاب . وجزم
الحواني بالاستحباب .

(١) حاشية الدسوقي ٤٠٦/٢ .

(٢) المختصر النافع ٢٢٧ .

(٣) المغني ١٧٥/٨ .

(٤) الإنصاف ٣٨٣/٨ .

المبحث الثاني

أركان الخلع

من التعريف الذي وضعناه للخلع نرى انه لا بد من توافر الأركان التالية لتحقيقه :

١ - صيغة

٢ - زوج

٣ - زوجة

٤ - عوض

ثم نبحت أخيراً هل يشترط أن يكون الخلع لدى القاضي .

• • •

الفرع الأول

الصيغة

المطلب الاول — المعاطاء

هل يصح الخلع بالمعاطاه ام لا بد من الايجاب والقبول اي هل يشترط للخلع صيغة يتلفظ بها الزوج والزوجة بينهما؟ ... ام ان اي فعل منهما دل على ذلك جاز الخلع .

والمعاطاه هي مبادلة فعلية تدل على تبادل الارادتين دون تلفظ بايجاب وقبول^(١) كما لو دفعت الزوجة لزوجها مالا فاخذ الزوج المال ثم فارقه او فارقه دون تلفظ بايجاب او قبول فهل يصح الخلع؟^(٢)

حرم الفقهاء التعاطي في النكاح لانه عقد يرد على المنعة الجنسية اذ لا فرق حينئذ بين النكاح والسفاح في هذا الا ان النكاح له آثاره وخطورته ونتائجه الفعلية .

(١) راجع المادة ١٧٥ مجلة الاحكام المدلية .

(٢) قال ابن تيمية في الاختيارات الفقيهية ٢٦٨/٣ للفقهاء في المقود ثلاثة أقوال :-

فلو جاز التعاطي في النكاح بان يدفع رجل لامرأة مبلغاً من المال دون ان يتلفظ بعقد وتعيش معه كزوجة لم يكن هذا دليلاً على زواج يميزه عن السفاح المحرم ولهذا قالوا لا بد من الايجاب والقبول اللفظيين .

يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ مصطفى الزرقاء^(١) :

فلو جاز التعاطي في عقد الزواج بان يدفع رجل الى امرأة مبلغاً من المال كمهر بقصد الزواج ، فتتابعه دون ان يتلفظ بعقد ، وتعيش معه ويتعاشرا كالازواج لما كان في هذا التعاطي دلالة ظاهرة على اكثر من التواخي على المعاشرة والاستمتاع وان مجرد التواخي على الاستمتاع لا يكفي في تمييز النكاح عن السفاح كما يكفي في تبادل الاموال ، بل لا بد من ظهور التواخي على غرض الزواج المشروع وتحمل نتائجه الشرعية ولا يظهر هذا الغرض بصورة لا اشتباه فيها الا التعبير اللفظي .

فلذلك اجمعت الاجتهادات الاسلامية على عدم انعقاد النكاح بالتعاطي دون الايجاب والقبول اللفظيين ...^(٢)

فهل يجوز التعاطي في الخلع ؟ ... كأن تدفع له مالاً معيناً وتفارقه دون تلفظ بايجاب او قبول ام لا بد من الايجاب والقبول صراحة ؟ ...

(١) - ان الاصل في العقود انها لا تصح الا بالصيغة كالايجاب والقبول (٢) - انها تصح بالافعال فيما كثر عقده كالمبيعات بالمعاطاة وكلونف . وبعض أنواع الاجارة لان الناس تعارفوا على ذلك بخلاف المعاطاة في الاموال الجلية فانه لا حاجة اليه ولم يجزبه عرف (٣) انها تنعقد بكل مادل على مقصودها من قول او فعل فكل ماعده الناس بيعاً واجارة فهو بيع واجارة .

(١) المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ص ٢٣٠ .

(٢) يقول القرافي في كتابه الفروق بعد ان ساق الادلة على تحريم انعقاد النكاح بالتعاطي : فهذه نصوص العلماء على اختلافها لم يقل فيها احد بالمعاطاة في النكاح كما قالوه في البيع ١٤٣/٣ و ١٨٠/٣ .

لم اجد من اجاز ذلك صراحة الا المالكية وبعض الحنابلة وبعض المذاهب
نصت على تحريمه ، وبعضها الآخر سككت عن ذلك .

• • •

المعاطاة في الخلع عند المالكية

اجاز المالكية الخلع بالمعاطاة اذا قام العرف دليلا على قصد كل من الزوجين
بالفرقة . فقالوا لا يشترط في هذه الحال الايجاب والقبول صراحة .

جاء في شرح الحرشي^(١) :

« وكفت المعاطاة : اي كأن تعطيه شيئاً على وجه يفهم منه انه في نظير
العصمة ويفعل فعلا يدل على قبول ذلك . كأن تكون عادتهم اذا خلعت
سوارها من يدها ودفعته له او خرجت من الدار ولم يمنعها انه طلاق . »

وقال الخطاب^(٢) :

« ولا يشترط ان يكون بصيغة خاصة بل تكفي المعاطاة . »

وقال الدردير : ^(٣) « وكفت المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق فيمن
عرفهم المعاطاة . »

وقال الدسوقي : ^(٤) « ان الفعل لا يقع به طلاق ولو قصد به الطلاق ما لم
يجز عرف باستعماله في الطلاق والا فيقع به الطلاق . فان صاحبه عوض فهو
بائن والا فهو رجعي . »

(٢) شرح الحرشي ١٦٣/٣ .

(٣) مواهب الجليل ٣٧/٤ .

(٤) شرح الدردير ٤١٩/٢ .

(٥) حاشية الدسوقي المصدر السابق ٤١٩/٢ .

المعاطاة في الخلع عند الشافعية :

لا يجوز الخلع بالمعاطاة عند الشافعية بل لا بد من إيجاب وقبول بين الزوج وزوجه وما عدا ذلك من فعل فلا يدل على التراضي بينهما .
قال في مغنى المحتاج : ويشترط قبولها فتقول قبلت أو اختلعت أو نحو
فلا يصح القبول بالفعل بأن تعطيه القدر ،^(١)

• • •

المعاطاة في الخلع لدى الحنابلة :

اختلف الحنابلة : هل يقع الخلع بالمعاطاة أم لا يقع . وكل فريق روى عن
الامام احمد ما يؤيد وجهة نظره .

قال ابو حفص وابو علي بن شهاب : ان الخلع بالمعاطاة جائز . لما روى
اسحاق ابن منصور عن احمد قال : قلت لاحمد كيف الخلع ؟ ... قال : اذا
اخذ المال فهي فرقة .

وعن علي رضي الله عنه : من قبل مالا على فراق فهي تطليقة بائنة لارجعة فيها .
والى هذا مال ابن تيمية حيث قال : — ولعله هو الغالب على نصوص احمد
بل قد نص على ان الطلاق يقع بالفعل والقول^(٢) .

وقال القاضي ابو يعلى وابن حامد لا تقع الفرقة الا بإيجاب وقبول بناء
على ان الفرقة فسخ النكاح والنكاح يفتقر الى لفظ فكذا فسخه .
وقد ايد ذلك ابن قدامه فقال : لا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله ،
من غير لفظ الزوج^(٣) .

(١) مغنى المحتاج ٣/٢٦٩ .

(٢) الاختبارات العلمية ٣/٢٦٨ .

(٣) المغنى ٨/١٨٢ .

وقال صاحب الشرح الكبير « ولأن الخلع ان كان طلاقاً فلا يقع بدون صريحة او كناية وان كان فسخاً فهو احد طرفي عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد (١) » .

وجاء في الانصاف (٢) « لا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج فلا بد من الايجاب والقبول في المجلس » .

المعاطاة في الخلع لدى الزيدية :

لا يجوز الخلع بالمعاطاة في المذهب الزيدي . ولكنني وجدت : في الروض النضير (٣) قولاً في صحة الخلع بالمعاطاة فقد جاء فيه :

واعلم ان الفقهاء شرطوا في صحة الخلع الايجاب او ما في حكمه في مجلس العقد او الخبر به قبل الاعراض وليس في الأدلة ما يفيد . وقد اشار المحقق الجلال الى ذلك فقال ظاهر حديث اختلاع امرأة ثابت يقتضى بعدم اشتراط العقد وان المعاطاة كافية في صحة الخلع لان رواية الموطأ وابي داود والنسائي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : خذ بعض مالها وفارقها .



(١) الشرح الكبير ١٨٦/٨ .

(٢) الانصاف ٣٩٧/٨ .

(٣) الروض النضير ١٦٩/٤ .

المطلب الثاني - الصيغة التي ينعقد بها الخلع وتكييفها الفقهي

الصيغة عند الاحناف :

الفرقة على مال عند الاحناف تكون اما بلفظ الخلع او مافي معناه كالمباراة او تكون بلفظ الطلاق على مال . والفرق بينهما ان الخلع او المباراة من الفاظ الكناية واما الطلاق على مال فهو من الالفاظ الصريحة . فاذا خلت الفرقة عن المال ، فان كانت بلفظ الخلع كانت طلاقاً بائناً لان الكناية يقع بها طلاق بائن واما الطلاق على مال فيصبح رجعياً اذا خلى عن العوض^(١) .
على ان الامام محمداً لم يفرق بين الخلع والطلاق على مال وجاءت بعض كتب الاحناف دون ان تفرق بينهما .

قال القدوري^(٢) : الفاظ الخلع خمسة : -

خالعتك - بارأتك - فارقتك - باينتك - طلقى نفسك على الف .
وبما ان الخلع من الكنايات فاذا خلا عن العوض . اصبح طلاقاً على مال ولكنه بائن لانه بلفظ الكناية وتسري عليه احكام الكنايات^(٣) .
نستطيع ان نوفق بين رأيي الاحناف في ان الخلع كناية وبين من يقول انه صريح . ان الاحناف يقولون اذا افترن صيغة الخلع بالعوض كان صريحاً لان العوض يقوم مقام النية - فعلى أشهر الروايات الثلاث عن أبي حنيفة التي تقول ان الخلع

(١) وكذلك الحكم مالم يظهر العوض فاسداً كما لو كان مالا غير متقوم وقع الطلاق بائناً ولا شيء الزوج ان كان بلفظ الخلع اما لو كان طلاقاً على مال وفد العوض فالطلاق رجعي .

(٢) القدوري ٦٠/٢ - وجاء في تنوير الابصار : ان الخلع يكون بلفظ البيع والشراء والطلاق والمباراة كبعت نفسك او طلقتك على كذا ...

(٣) وقال صاحب الدر بشرحه ٣٩٦/١ والخلع في الكنايات... فيعتبر فيه مايعتبر فيها .

إذا لم يكن على مال كان مجرد طلاق بائن توحد المعنى وأصبح الخلع دائماً مقروناً بالمال وهكذا يصبح صريحاً لا كناية .

التكييف الفقهي :

ان الخلع وان كان لا يتم الا بإيجاب وقبول الا ان ابا حنيفة لم يعطه حكم المعاوضة من الجانبين ، بل اعطاه حكم اليمين من جانب الزوج ، وحكم المعاوضة من جانب الزوجة . فاذا قال الزوج لزوجته خالعتك على الف فكأنه قال لها ان اعطيني الفاً فانت طالق . والتعليق عند الاحناف في حكم الايمان ، فان قبلت والتزمت بالالف وقع الطلاق .

وذهب الصحابان ابو يوسف ومحمد الى ان الخلع من جانب الزوجة يمين أيضاً لانها بقبولها تكمل يمين الرجل فلا فائدة من تعليق الزوج كلامه اذا لم توافق الزوجة فيحصل جواب الشرط . ولهذا قالوا انه يمين من الجانبين . وعلى كل فان الراجح في مذهب الاحناف هو القول الاول الذي ذهب اليه ابو حنيفة . وقد وضع الفقهاء ما يترتب على كون الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة احكاماً عدة نلخصها فيما يأتي :

ما يترتب على كون الخلع يميناً من جانب الزوج^(١) :

- ١ - اذا اوجب الزوج الخلع ابتداء بأن قال لزوجته خالعتك على الف مثلاً فلا يملك الرجوع عن ايجابه قبل قبول الزوجة . لان ايجاب الخلع من الزوج معناه تعليق الطلاق على قبولها فهو يمين من جانبه فلا يملك الرجوع عنه - اما لو كان معاوضة لصح رجوعه قبل قبولها .
- ٢ - لا يجوز للزوج ان يشترط لنفسه خيار الشرط فان شرط ذلك :

(١) المبسوط ١٧٣/٦ .

لنا الشرط وصح العقد . كما لو قال لها خالعتك على الف على أني بالخيار ثلاثة أيام وقبلت وقع الطلاق ولزمها المال ولا عبء بالشرط .

اما لو كان معاوضة في حقه لصح خيار الشرط وكان له ما شرط^(١) .

٣ - اذا اوجب الزوج الخلع ، وقبل قبول الزوجة قام من مجلسه فلا يبطل ايجابه بقيامه . ولو كانت معاوضة لبطل بقيامه لانتهاء المجلس قبل قبول الطرف الآخر .

٤ - يجوز للزوج ان يعلق ايجابه على شرط او يضيفه الى زمن مستقبل كأن يقول لها : ان تزوجت عليك فقد خالعتك على الف او ان جاء اخوك فقد خالعتك على الف او خالعتك على الف بعد شهر ، فالإيجاب صحيح . فان قبلت الزوجة بعد تحقق الشرط او وجود الزمن المضاف اليه وقع الطلاق وتم الخلع . فلو كان الخلع معاوضة من جانب الزوج لما صح تعليقه على شرط ولا اضافته الى المستقبل .

وليس للزوجة ان تقبل قبل تحقق الشرط او مجيء الزمن المضاف اليه^(٢) .

اما ما يترتب على كون الخلع معاوضة من جانب الزوجة :^(٣)

اعتبر الخلع معاوضة من جانب الزوجة لانها تعطي الزوج مالا نظير طلاقها وهذه هي معاوضة بين طرفين بإيجاب وقبول احدهما يدفع المال والثاني يعطيه بدلاً عن ذلك المال تملك نفسها اي طلاقها .

(١) نقل ابن الهمام عن التيجاني رواية انه يجوز قبول الزوجة قبل تحقق الشرط وقال : من صور تعليق الخلع ان يقول ان دخلت الدار فقد خالعتك على الف ففعلت عليه ففعلت مع الخلع » - فتح القدير ٢١٤/٣ .

(٢) المبسوط ١٧٣/٦ .

(٣) المصدر السابق .

- ١ - يشترط في قبول الزوجة الخلع ان تكون عالمة معناه^(١) وما يترتب على ذلك من التزامات. اما اذا لم تعلم كما لو خاطبها بلغة لا تفهمها مثلاً فلا يصح قبولها. ولا يلزمها المال، ولا يقع الطلاق. لانه يشترط في المعاوضات العلم بمعنى الايجاب.
- ٢ - بما ان الخلع معاوضة من جانب الزوجة فلا بد ان يتم قبولها في مجلس الايجاب فاذا قال لها الزوج خالعتك على الف ثم خرجت من المجلس وقبلت بعد ذلك فلا يعتبر. لان الايجاب يبطل حينئذ ولا بد من ايجاب وقبول من جديد . اما اذا كانت غائبة عن مجلس الايجاب فيعتبر قبولها في مجلس علمها بالايجاب.
- ٣ - اذا اوجبت الزوجة الخلع ابتداء ثم قامت من المجلس او قام الزوج قبل قبوله بطل الايجاب ولا بد من ايجاب جديد كما هو حكم المعاوضات .
- ٤ - للزوجة ان تشترط لنفسها الخيار^(٢) في مدة معينة لتقبل أو ترد فلو قال لها خالعتك على الف فقالت قبلت على ان لي الخيار ثلاثة ايام فقبل الزوج صح هذا الشرط^(٣)، لان اشتراط الخيار في المعاوضات جائز^(٤).
- ٥ - ولا يجوز للزوجة ان تعلق ايجابها على شرط ولا ان تضيفه الى زمن مستقبل، لان المعاوضات لا تقبل التعليق ولا الاضافة.

(١) ومن البديهي ان نقول انه يشترط ان تكون كاملة الاهلية للتصرف وسنبحث هذا في بحث خاص - كما ان شروط التعاقد ايضاً يجب أن تتوفر فعبوب الرضا اذا شابت ارادة احد المتعاقدين وخاصة الزوجة فلا يصح العقد كما في حالة الاكراه .

(٢) يقول الدكتور المذكور في تاريخ التشريع الاسلامي ص ٤٩١ وخيار الشرط شرع في الواقع لحماية المتعاقد من التزامه بمقد يكون الرضا فيه غير موفور والرغبة فيه لم تتأكد .

(٣) وقال ابو يوسف ومحمد : - لا يجوز للزوجة ان تشترط الخيار فاذا ما اشترطت لغا الشرط ووقع الطلاق وسبب خلافها مع اني حنيفة انها يريان ان الخلع يمين من جانب الزوجين اما ابو حنيفة فحك قلنا يرى انه يمين من جانب الزوج ومعاوضه من جانب الزوجة. (٤) ويسري حكم شرط الخيار كما في سائر العقود التي تقبل هذا الشرط.

الصيغة عند المالكية :

لفظ الخلع : والخلع عند المالكية لا يختص بلفظ معين فيقع بالفاظ مختلفة كالفدية والصلح والمباراة وكلها تؤول الى معنى واحد . وهو بذل المرأة المال في سبيل طلاقها .

وقد فرق المالكية في هذه الالفاظ تفريقاً يتصل بالعوض الذي تدفعه المرأة لزوجها فقالوا :

ان اسم الخلع يختص ببذل المرأة جميع ما أعطاها . والصلح ببعضه . والفدية بأكثره . والمباراة^(١) باسقاطها عنه حقاً لها عليه^(٢) .

وجاء في المدونة^(٣) « المختلعة التي تحتلع من كل الذي لها . والمفتدية التي تعطيه بعض الذي لها وتمسك ببعض . »

قال ابن العربي في احكام القرآن : (٤) قال مالك : المباراة هي المختلعة بما لها قبل الدخول . والمختلعة اذا فعلت ذلك بعد الدخول . والمفتدية هي المختلعة ببعض ما لها .

وقال القرطبي : (٥) المختلعة هي التي تحتلع من كل الذي لها ، والمفتدية أن تفتدي ببعضه وتأخذ بعضه ، والمباراة هي التي بارأت زوجها قبل أن يدخل بها . هذا قول مالك .

وروى عيسى بن دينار عن مالك : المباراة هي التي لا تأخذ شيئاً ولا تعطي والمختلعة هي التي تعطي ما اعطاها وتزيد من ما لها . والمفتدية هي التي تفتدي

(١) يقول الاحناف في المبـوط ١٧٢/٦ والمباراة بمنزلة الخلع في جميع ذلك لانه مشتق من البراءة وهو اذل على قطع الوصلة من الخلع .

(٢) بداية المجتهد ٤٠/٢

(٣) المدونة ٢٨/٥ .

(٤) احكام القرآن ١٩٤/١

(٥) تفسير القرطبي ١٤٥/٣

ببعض ما اعطاها وتمسك بعضه . وهذا كله يكون قبل الدخول أو بعده .
والمصالحة مثل المباراة .

ثم يقول : وهذه الألفاظ الاربعة تعود الى معنى واحد وان اختلفت
صفتها من جهة الايقاع وهي طلبة بائنة اه .

ويجوز في الخلع التعليق على شرط الاضافة الى زمن مستقبل .

فاذا قال لها اذا اقبضتني كذا فقد طلقتك . لم يختص اقباضها بنفس المجلس
فتى اقبضته ولو بعد المجلس طلقت منه . وهنا علق الزوج الايجاب على الاداء .
وكذلك اذا قال لها طلقتك غداً بألف فقبلت في الحال فانها تطلق في الحال
ويلزمها المسمى . ومثله اذا قالت له طلقني غداً ولك الف فاذا طلق في الغد او
قبله استحق الالف اذا فهم من مقصودها الطلاق . وان فهم منها تخصيص اليوم
لم يلزمها ان تطلقها قبله ولا يلزمها ان تطلقها بعده .

العوض : يجوز الخلع بدون عوض عند المالكية ويقع به الطلاق بائناً
سواء أكان بصريح لفظ الخلع أو أي لفظ آخر بمعناه . والطلاق على مال يقع بائناً
أيضاً ولو نص فيه على الرجعة .

هذا ما جاء في شرح الخرشي^(١) - ونصه :

حكم طلاق الخلع بينونه ولو وقع بغير عوض يعني اذا صرح بلفظ الخلع او ما في معناه
من لفظ الصلح او البراء او الافتداء . او اذا نص على الرجعة مع العوض بأن أعطته
شيئاً وقالت له طلقني طلبة رجعية فأخذ منها وطلقها فانه يقع بائناً لان حكم الطلاق
مع العوض بينونة فلا يخرجها عنها النص على الرجعة . ومثل نصه على الرجعة
مع العوض نصه عليها مع لفظ الخلع .

غير اني وجدت روايه عن مالك رواها اشهب : ان الخلع بدون عوض
يقع به الطلاق رجعياً . حتي ان عبد البر قال : ان هذه اصح قولي مالك^(٢) .

(١) الخرشي ١٥٥/٣ .

(٢) يقول استاذنا الشيخ علي الخفيف ص ١٣٢ والخلع عند المالكية قد يكون نظير =

قال القرطبي^(١) - وقيل عنه (عن مالك) لا يكون بائناً الا بوجود العرض
قال اشهب : لانه طلاق عرى عن عوض واستيفاء عدد فكان رجعيّاً كما لو كان
بلفظ الطلاق .

قال ابن عبد البر : وهذا أصح قوليه عندي وعند اهل العلم .
وقد اثبت الروايتين معاً صاحب البهجة فقال : ^(٢) اذا قصد ايقاع الخلع
من غير عوض كان خلعاً عند مالك لانه طلاق قصد ان يكون خلعاً فكان على
ماقصده كالذي معه العوض . وقال اشهب يكون رجعيّاً .

التكليف الفقهي للخلع :

يرى المالكية ان الخلع معاوضة من الجانبين ، ومقتضى ذلك ان الحكم فيه
من حيث الايجاب والقبول كالحكم في سائر المعاوضات ^(٣) .
(١) فيجب ان يكون القبول في المجلس فاذا قامت من مجلسها بطل الايجاب .

= عوض وهو الكثير الغالب وقد يكون بلا عوض اذا كان بلفظ الخلع او مايدل على معناه
ويقع به في الحالين طلاقاً بائن . ولا يفرقون بين فرقه بلفظ الخلع من غير بدل وفرقه اخرى
فيها الطلاق بائناً من حيث الحكم .

ويقول استاذنا الشيخ محمد الزفزاف في فقه القرآن والسنة ص ١٩٤ عند المالكية الخلع
على نوعين : طلاق على عوض وطلاق بلا عوض وفي كلنا الحالتين طلاق بائن .

اقول : ان التفرقة على الرواية الراجحة ان الخلع بدون عوض رجعي لا بائن .

(١) تفسير القرطبي ٣/ ١٤٥ و صدر كلامه : اختلف قول مالك فيمن قصد ايقاع الطلاق على
غير عوض فقال عبد الوهاب : هو خلع عند مالك وكان الطلاق بائناً . وقيل عنه : ...

(٢) البهجة للتسولي ١/ ٣٤١

(٣) راجع تاريخ التشريع الاسلامي للدكتور مدكور بحث مطابقة الايجاب للقبول في
انقضاء العقود ص ٣٩٥ .

وأن يكون الايجاب موافقاً للقبول فاذا قال لها خلعت ثلاثاً بألف فقالت
قبلت بواحدة بثلاث الالف لم يلزم طلاق (١) .

شرط الرجعة في الخلع عند المالكية :

لو بذلت الزوجة عوض الخلع وشرط الزوج عليها ان له الرجعة فهل يصح
هذا الشرط ويقع الخلع طلاقاً رجعيّاً أم لا يصح؟...

روايتان عن مالك رواهما ابن وهب : الاولى : وقال بها سحنون أنه يصح
الشرط وتثبت للزوج الرجعة . وعلل ذلك سحنون بقوله : ان الاتفاق بين
الزوجين تم على طلاق رجعي أي على ان تنقص الطلقات طلبة واحدة وهذا جائز
فالعوض يكون في مقابل هذه الطلقة الرجعية .

والرواية الثانية : انه لا يجوز ذلك لانه شرط في العقد ما يمنع المقصود منه ،
فان المقصود من الخلع هو البينونة بين الزوجين . وما دفعت الزوجة هذا
العوض الا لتخلص من زوجها ، فثبتت الرجعة ينافي مقتضى العقد كما لو شرط
في عقد النكاح ان لا يبطأ (٢) .

(١) تفسير القرطبي ١٤٥/٣

(٢) وهذا بعكس ما لو قالت له طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة بألف فان الطلاق يقع
والعوض يلزم وذلك لانها تملك نفسها بهذا وتبين به .

الصيغة عند الشافعية :

اللفظ :

ان لفظ الخلع او المفاداة صريح في الطلاق فلا يحتاج معه لنية ، وذلك لان لفظ الخلع تكرر على لسان حملة الشرع وجرى به العرف على ارادة الفرقة بين الزوجين . والمفاداة لورودها في القرآن .

وفي قول ان الخلع والمفاداة كناية لا صريح .

اما لفظ الفسخ فعلى القول بأن الخلع طلاق وهو الصحيح فان لفظ الفسخ كناية . ذكر العوض : اذا كان الخلع بعوض وقبلت الزوجة وقع الطلاق بائناً والتزمت الزوجة بالمعوض .

اما اذا كان الخلع بدون عوض فله حالتان :

(١) اذا لم ينف الزوج الخلع والتمس قبول الزوجة كأن يقول لها خالعتك او فاديتك ، ونوى التماس قبولها فقبلت بانته منه ووجب عليها مهر المثل لان العرف يقضي بذلك وتأخذ هذه الحالة حكم الخلع على مجهول .

(٢) اما اذا نفى الخلع صراحة كأن يقول لها خالعتك بدون عوض فالطلاق يقع رجعيّاً ولا تلزم الزوجة بشيء .

هذا ما ذكره المنهاج وشرّاه (١) .

وقال بعضهم : إن لفظ الخلع صريح اذا ذكر المال ، فان لم يذكره فكناية على الاصح (٢) .

(١) مغني المحتاج ٣/٢٦٨ .

(٢) تحفة المحتاج ٧/٤٧٨ .

(٣) في صيغة الخلع عند الشافعية : جاء في الاشياء للسيوطي ص ٣٤٩ : ان قلنا : انه طلاق - وهو الاظهر - فلفظ الفسخ كناية فيه . قال في اصل الروضة : واما لفظ الخلع فله قولان - قال في الام : كناية . وفي الاملاء صريح . ولفظ المفاداة : كلفظ الخلع في الاصح . وقيل : كناية قطعاً .

وجاء في المنهاج : ولفظ الخلع صريح ، وفي قوله كناية . فعلى الاول ، لو جرى =

التكليف الفقهي للخلع عند الشافعية :

وقد اختلفت الشافعية في تكليف الخلع بناء على اختلافهم حول طبيعة الخلع هل هو فسخ ام طلاق ؟ فمن ذهب الى انه فسخ قال : إن الخلع معاوضة محضة من الجانبين ، ومن ذهب الى أنه طلاق - وهو الراجح - قال : هو معاوضة فيها شوب تعليق : معاوضة لانه يأخذ منها بدلاً في مقابلة الطلاق ، وشوب تعليق لتوقف وقوع الطلاق فيه على اخذ المال .

جاء في مغني المحتاج^(١) : «واذا بدأ الزوج بصيغة معاوضة كطلقتك او خالعتك بكذا فقبلت ، وقلنا الخلع انه طلاق - كما هو الراجح - فهو معاوضة لا أخذه عوضاً في مقابلة ما يخرج عنه ملكه ، وفيها شوب تعليق لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول المال .

أما اذا قلنا ان الخلع فسخ ، فهو معاوضة محضة من الجانبين ، اذ لا مدخل للتعليق فيها بل هو كابتداء البيع . وعلى المعاوضة فانه له الرجوع قبل قبولها لان هذا شأن المعاوضات ، ويشترط قبولها فتقول : قبلت او اختلفت .

ويشترط ان يكون القبول أو الإيجاب متطابقين وإلا فلا يصح .

وبناء على ذلك قال الشافعية : يسري على الخلع أحكام العقود من حيث انه يكون منجزاً أو معلقاً أو مقترناً بشرط .

١) فالمنجز تسري عليه أحكام المعاوضات من حيث الإيجاب والقبول .

فإذا كان الزوج الموجب :

١ - فليس له حق الرجوع قبل قبولها .

= بغير ذكر مال وجب مهر مثل في الاصح . فظاهر ما جاء في المنهاج انه لا فرق في لفظ الخلع بين ذكر العوض ام لا في ان كلا منها صريح لا يحتاج الى تية . وهذا يخالف لما جاء في الروضة من كونه كناية على الاصح . وقال البلقيني : الحق انه لا منافاة بينهما فانه ليس في المنهاج انه صريح مع عدم ذكر المال ، فاعل مرده انه جرى بغير ذكر مال مع وجود مصحح له وهو اقتران التية به . مغني المحتاج ٣/٢٦٨

(١) مغني المحتاج ٣/٢٦٩

- ٢ - ويشترط ان تقبل الزوجة في المجلس ؛ أما اذا انفض المجلس فلا قبول .
- ٣ - كما يشترط مطابقة الإيجاب للقبول . فاذا قال لها : خالعتك على ألف ، فقالت : قبلت على مائتين ، لم يصح (١) .
- وكذلك لا يصح اذا قالت له : قبلت على ألفين عند الشافعية (٢) .
- أما اذا كانت الزوجة هي الموجبة ، كما لو قالت : خالعتني ولك مني ألف فقبل ، صح الخلع . فهذه معاوضة مع شوب جعلها لأنها تبذل مالها في مقابل غرض معين هو الطلاق الذي ينفرد به الزوج ، ولهذا كان لها الاحكام التالية :
- ١- لها حق الرجوع قبل قبوله .
- ٢- ويلزم ان يكون قبوله في مجلس الإيجاب ، فلو قالت له : طلقني ولك مني ألف ، فاذا طلقها وقع الطلاق ولزم العوض . أما لو طلقها بعد انتهاء المجلس فلا يقع الخلع ولا يلزم العوض بل يقع طلاقاً رجعيّاً .
- ٣- مطابقة الإيجاب للقبول . أما لو قالت : طلقني بألف فطلقها على خمسمائة وقع الطلاق ووجب له خمسمائة فقط ، لان ما طلبته من العوض داخل ضمن ما التزمت به ، بعكس ما لو أوجب الزوج فلا تجوز الموافقة الضمنية . أما لو قالت : طلقني بألف فطلقها على ألفين فلا يصح لمخالفة الإيجاب للقبول .
- قال ابن حجر في تحفة المحتاج (٣) : ولو ضمنت ألفين طلقت بألف لوجود

(٢) تحفة المحتاج ٧/٤٧٩ .

(١) يقول استاذنا الشيخ علي الخفيف في فرق الزواجر ص ١٤١ « لست أرى للشافعية وجهاً في عدم اعتبارهم الموافقة الضمنية فلا ينعقد البيع عندهم اذا اوجب البائع بألف فقبل المشتري بألفين او اوجب بثمن مؤجل فقبل المشتري بنفس الثمن حالا - وعلى ذلك كان الحكم عندهم في الخلع ايضاً . في حين أن من رضي بألفين فهو بالالف أراضى .

« راجع نهاية المحتاج ٣/٣٣٢ المدخل الفقهي الدكتور محمد كوره ٥١ المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى شلي ٣١٩ المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقا ٢٢٢ ،

على أن رأي الاختلاف كما جاء في رد المختار ٤/١٩ ان العقد وان كان ينعقد صحيحاً لان فيه موافقة ضمنية غير ان الزيادة لا تلزم الا بموافقة الطرف الآخر فلو قال له بعتك هذا بمائة فقال له اشتريته بمائة وعشرين انعقد البيع وتوقف قبول ما زاد على المائة على رضا البائع .

(٢) تحفة المحتاج ٧/٤٩٠ .

المعلق عليه في ضمنها بخلاف : طلقتهك على الف فقبلت بألفين لأنك صيغة معاوضة تقتضي التوافق .

• • •

(٢) أما المعلق : اذا كان الخلع من جانب الزوج بصيغة التعليق فلا يعتبر من المعاوضات بل تعليق محض من جانبه .

قال في معني المحتاج (١) : لو بدأ الزوج بصيغة تعليق في الإثبات كمتى او متى ما اعطيني كهذا : فأنت طالق ، فتعلق محض من جانبه ولا نظر فيه الى شبهة المعاوضة لانه من ألفاظ التعليق ، فيقع الطلاق عند تحقق الصفة كسائر التعليقات ، وحينئذ فلا رجوع له قبل الاعطاء كالتعليق الخالي عن العوض في نحو : ان دخلت الدار فأنت طالق . ولا يشترط في القبول لفظاً ، لان الصيغة لا تقتضيه ، ولا الإعطاء فوراً في مجلس التواجب .

وقال : اما لو بدأت الزوجة بطلب طلاق سواء أكان على جهة التعليق نحو : ان او متى او لم يكن على جهة كطلقني على كذا فأجاب الزوج قولها فوراً ، فمعاوضة من جانبها . لانها تملك البضع بما تبذله من العوض ، ففيها شوب جعالة ، لانها تبذل المال في مقابلة ما يستقل به الزوج وهو الطلاق فإذا أتى به وقع الموقع وحصل غرضها كالعامل في الجعالة . فلها الرجوع قبل جوابه ، لان هذا حكم المعاوضات والمبادلات جميعاً .

ويشترط فور لجوابه في محل التواجب في الصيغ السابقة المقتضية فوراً وغيرها كالتعليق بمتى تغليباً للمعاوضة من جانبها بخلاف جانب الزوج ، فان طلق متراخياً كان مبتدئاً لا يستحق عوضاً . ويقع الطلاق حينئذ رجعيّاً .

• • •

(١) معني المحتاج ٣/٢٦٩ .

الخلع بشرط الرجعة :

إذا شرط الزوج في صيغة الخلع أن يكون له عليها الرجعة كقوله : خالعتك بألف على أن لي عليك الرجعة فقبلت ، ففي المذهب الشافعي ثلاثة أقوال :

(١) يقع الطلاق رجعيًا . ويرد المال . كما جاء في فتاوى ابن الصلاح .

وعلموا ذلك أن شرطي المال والرجعة متنافيان فيتساقطان ويبقى الطلاق على أصله . وبما أن الأصل في الطلاق عند الشافعية أثر رجعي فيبقى على أصله ، أي لا عبوة بما شرط ، لأن الرجعة تثبت بالأصل لا بما شرط .

قال السيوطي في الأشباه والنظائر في القاعدة الخامسة والعشرون (١) :

« ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط » فلو قال : طلقتك بألف على أن لي الرجعة ، سقط قوله : بألف ، ويقع رجعيًا ، لأن المال يثبت بالشرط والرجعة بالشرع ، فكان أقوى » .

(٢) وقال بعضهم بعدم الوقوع في حالة ما لو برأته من مهرها ، لأنه لا سبيل لوقوع الخلع إلا بصحة البراءة ، وصحتها تستلزم البينونة ، وهي تنافي قوله : أنها رجعية .

(٣) والقول الثالث أن الخلع بشرط الرجعة طلاق بائن بمهر المثل لأن شرط الرجعة إنما أفسد العوض والخلع لا يفسد فساد العوض فلا يسقط في هذه الحالة بل يقوم مهر المثل مقام بدل الخلع الفاسد .

(١) الأشباه والنظائر ص ٣٤٩ .

الصيغة عند الحنابلة :

اللفظ : ألفاظ الخلع عند الحنابلة ثلاثة ألفاظ صريحة ومساعداتها كناية كناية ، فالألفاظ الصريحة في الخلع : الخلع والمفاداة والفسخ . وقالوا الخلع ورد به العرف . والمفاداة جاءت في القرآن . والفسخ حقيقة فيه .
واما بقية الألفاظ التي تدل على هذه المعاني كالمبارأة والبينونة فهي كناية لا تقع الا بالنية .

العوض : لا خلاف في الخلع بعوض انه يقع به الطلاق بائناً ، وتلتزم الزوجة بالمال .

أما اذا كان الخلع بدون عوض : فعند الحنابلة روايتان عن أحمد بصحة الخلع بدون عوض : احدهما يجوز الخلع بدون عوض ويقع الطلاق بائناً . والرواية الثانية لا يصح الخلع بدون عوض ويكون اللفظ كناية ، فان كان قد نوى به الطلاق وقع رجعيّاً ، واذا لم ينو فلا يقع شيء .

هذا ما يذكره الحنابلة ؛ ولكني وجدت ان الروايتين كلّاً منهما في حادثة معينة يختلف حكمها . وتبين لي ان الخلع عند الحنابلة بدون عوض اذا كان بطلب المرأة وسوّالها جائز ويقع به الطلاق بائناً . اما اذا كان الخلع بدون عوض من جانب الرجل دون ان تطلبه الزوجة كان اللفظ فيه كناية لا يقع الا بالنية ويقع رجعيّاً ان نوى الطلاق .

والروايتان في المغني في جواز الخلع بدون بدل (١) :

(١) الرواية الاولى رواها عبد الله عن ابيه قال : قالت لأبي : رجل عاقت به امرأته تقول اخلعني قال : قد خلعتك : قال : يتزوج بها ويجدد نكاحاً جديداً وتكون عنده على ثنتين . من هذه الرواية استدل الحنابلة على أن الخلع بدون عوض جائز ويقع به الطلاق .

(١) المغني ٨ / ١٩٤ .

وعلى ذلك ابن قدامة : بان الاصل في مشروعية الخلع تحقيق رغبة المرأة بانفصالها عن زوجها لحاجتها الى فراقه فتسأله الطلاق فاذا اجابها حصل المقصود من الخلع سواء أكان بعوض ام بغير عوض .

(٢) الرواية الثانية (١) — لا يكون خلع الا بعوض . وهذه رواية عن الامام احمد ايضاً رواها مهنا قال : اذا قال لها اخلعي نفسك فقالت خلعت نفسي لم يكن خلعاً الا على شيء الا ان يكون نوى الطلاق فيكون مانوى . استدلل الحنابلة بهذه الرواية عن ان الخلع بدون عوض لا يكون خلعاً .

ومن هاتين الروايتين نلاحظ ان الرواية التي اعتبر فيها الخلع بدون عوض خلعاً كانت بناء على طلب المرأة الخلع . والرواية الثانية التي اعتبر فيها الخلع بدون عوض كانت بناء على طلب الزوج . والفرق واضح فحين تطلب المرأة الطلاق فانما ذلك الحاجة في نفسها الى مفارقة زوجها والخلع شرع لهذا اذا ابغضت الزوجة زوجها كما روي عن الامام احمد .

وأما في الحالة الثانية فالرجل هو الذي طلب الخلع وهو يملك الطلاق سواء رضيت الزوجة أم لم ترض .

ويؤيد تفسيرى هذا ما رواه ابو بكر من الحنابلة قال : « لا خلاف عن ابي عبد الله ان الخلع ما كان من قبل النساء . فاذا كان قبل الرجال فلا نزاع في انه طلاق يملك به الرجعة ولا يكون فسخاً » (٢) .

وهذا يتضح لنا ان مذهب الحنابلة يشابه مذهب الشافعية . ففي الالفاظ الصريحة والكنائية لا يختلف المذهبان . وفي وقوع الخلع بدون عوض أرى ان المذهبين متشابهان فالشافعي يعتبر الخلع بدون عوض اذا التمس الزوج

(١) المصدر السابق ٨/ ١٩٥ .

(٢) الانصاف ٨/ ٣٩٦ .

موافقة المرأة فهو خلع . والحنابلة يعتبرون الخلع بدون عوض اذا كان بطلب من المرأة . فكأن المراد في كل من المذهبين القول بان الخلع بدون عوض اذا كان بطلب المرأة او رغبتها او لتحقيق حاجتها بالفرقة فلا خلع ولو كان بدون عوض مع فارق من حيث وجوب مهر المثل في هذه الحالة عند الشافعية . اما اذا كان على غير ذلك فلا يكون خلعاً بل اللفظ فيه لفظ كناية لا يقع الطلاق به الا بالنية . ويتفق المذهبان في ان لفظ الكناية يقع به الطلاق رجعياً .
ويختلف المذهبان في ان الراجح او الصحيح عند الشافعية ان الخلع طلاق والصحيح عند الحنابلة انه فسخ .

• • •

التكليف الفقهي للخلع عند الحنابلة
والخلع معاوضة من الجانبين ما لم يكن الايجاب بالخلع صادراً من الزوج بصورة تعليق فانه حينئذ يكون تعليقاً .
واحكام المعاوضة في الحالة الاولى تسري عليها احكام الايجاب والقبول وتوافقهما والتراضي^(١) .

(١) فلكل من الزوجين الرجوع عن ايجابه قبل قبول الآخر .
(٢) ويتقيد القبول بالمجلس .
(٣) يشترط موافقة الايجاب للقبول هذا اذا كانت صيغة الخلع غير معلقة بأن كانت منجزة .
وأما التعليق فعلى الرأي الراجح بأن الخلع فسخ ففيه خلاف حول قابلية الفسخ للتعليق ارجحها انه لا يجوز^(٢) .

(١) الفتنح ٢١٠ .

(٢) جاء في الانصاف ١٢/٨ : لا يصح تعليقه بقوله : ان بذلت لي كذا لقد خلعتك وقال في باب الشروط في البيع . ويصح تعليق الفسخ بشرط . وقال ابو الخطاب والشيخ تقي الدين : لا . قال ابن نصر في حواشيه : عدم الصحة اظهر لان الخلع عقد معاوضة يتوقف على رضا المتعاقد به فلا يصح تعليقه بشرط كالبيع .

وعلى القول بصحة تعليق الخلع :

(١) لا يجوز للزوج الرجوع قبل قبول الزوجة .

(٢) ولا يتقيد القبول بالمجلس .

(٣) ويشترط موافقة الايجاب للقبول .

جاء في المعنى^(١) : وتعليق الطلاق على شرط تعطيه او الضمان او التملك لازم من جهة الزوج لزوماً لا سبيل الى دفعه . فان الغالب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو على التراخي .

وقال في الشرح الكبير^(٢) : وكل موضع علق طلاقها على عطيتها اياه فمضى اعطته على صفة يمكنه القبض فيه وقع الطلاق .

صيغة الخلع عند الزيدية :

ذهب الزيدية الى ان الخلع يكون صريحاً في الطلاق ويكون كناية لا يقع الا بالنية لانه يحتمل اكثر من معنى .

ففي الروض النضير^(٣) : انه لو قال لها خالعتك فكناية خلع وقيل صريح .

ومثل ذلك في المنتزع المختار^(٤) - فقد ذكر ان لفظ الخلع كناية والطلاق على مال صريح ولكنه قال عن بعض فقهاء الزيدية ان لفظ الخلع والمبارأة صريح لا كناية .

وامام هذا الاختلاف حول صيغة الخلع هل هي صريحة ام كناية فقد رجعت الى اكثر من كتاب فوجدت نصاً في البحر الزخار بوضح ذلك قال^(٥) :

(١) المعنى ٨/٢٠٠ .

(٢) الشرح الكبير ٨/٢٠٧ .

(٣) الروض النضير ٤/١٦٧ .

(٤) المنتزع المختار ٢/٤٥٠ .

(٥) البحر الزخار ٣/١٧٩ .

ولفظ الخلع كناية فيقبل قوله انه اراد غير الطلاق لاحتماله اذ الظاهر خلافه ، وان اتى به عقيب ذكر العوض لم يقبل قوله اذ هو قرينة للطلاق .
والذي فهمته من هذا النص ان الاصل في الخلع انه كناية فلا يقبل فيه الطلاق الا بالنية لانه يحتمل اكثر من معنى الا انه اذا اقتوتن الخلع بالعوض اصبح صريحاً ولا يقبل احتمالاً آخر ، فكأن المال قام مقام النية واعتبر قرينة عليها .

والفرق بين الخلع والطلاق على مال انهم قالوا : ان وقع بلفظ الطلاق صححت الرجعة لعوم قوله تعالى : « وبعولتهن احق بردهن » وان كان بلفظ الخلع او ما في معناه كالمباراة فلا رجعة لاقتضاءها عدم الرجعة^(١) .

نوعا الخلع :

يقسم الزيدية الخلع الى قسمين : الخلع بعقد والخلع بشرط .

١ - فالخلع بعقد :

هو عقد بين الزوجين على حل عقدة الزواج ببدل تدفعه الزوجة لزوجها كقوله خالعتك على الف فتقول قبلت ويشترط فيه ما يشترط في سائر العقود من حيث الايجاب والقبول في مجلس العقد او مجلس العلم به . وعلى هذا فشروطه :

(١) لا بد فيه من الايجاب والقبول سواء أكان الزوج هو الموجب ام الزوجة ويغنى فيه السؤال اذا تقدم عن القبول^(٢) .

(٢) كما يشترط فيه مطابقة الايجاب للقبول فلو قال لها طلقتك ثلاثا بالف فقالت قبلت واحدة بثلاثة لم ينعقد اذ لم يرض بيمينونها الا بالف . فان قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة وقعت ولزمه الالف .

(١) الروض النضير ٤/١٦٧ .

(٢) البحر الزخار ٣/١٧٩ .

(٣) وأما من حيث رجوع أحدهما قبل إيجاب الآخر : فإن كان الموجب هو الزوج فلا يجوز له الرجوع قبل إيجاب الزوجة لأنه لا يجوز له الرجوع عن الطلاق ، لما فيه من معنى الرجوع عن الطلاق .

وتردد الإمام يحيى في جواز رجوعه عن إيجابه لما فيه من معنى المعاوضة^(١) .
وان كانت الزوجة هي الموجبة فلها أن ترجع عن إيجابها لأن الخلع بالنسبة إليها معاوضة والطلاق ليس بيدها .

٢ - الخلع بشرط :

هو أن يعلق الإيجاب أو طلاقه على حصول أمر فلا يعتبر فيه قبولها باللفظ قبل حصول الشرط .

كان يقول لها : إن أعطيتني أو متى أعطيتني ألفاً فانت طالق أو تقول له إن طلقني أو متى طلقني فلك مني ألف .

وشروطه : أن كان الزوج هو الموجب :

(١) فلا يقع الطلاق إلا حين وجود الشرط سواء كان في مجلس القبول أو بعد ذلك . وفي رواية عن الإمام يحيى :

« يشترط وجود الشرط المعلق عليه في مجلس الإيجاب . »

والرواية الثانية : أنه لا يشترط ذلك وهو رأي جمهور الزيدية .

(٢) ومتى علق الزوج الخلع على شرط ما فلا يجوز له أن يرجع عن ذلك . كما لو علق الطلاق بدون عوض على شرط .

وان كانت الزوجة هي الموجب والخلع من ناحيتها معاوضة وتقليك ، جاز لها الرجوع قبل إيجاب الزوج سواء في نفس المجلس أم بعد ذلك لأن المجلس لا يتقيد إلا في الخلع بعقد .

(١) المتنزع المختار ٢/٤٣٨ .

وجاء في البحر الزخار^(١) : -

« ولا يصح الرجوع فيه من الزوج كالطلاق المطلق بخلاف المعقود . ولها الرجوع قبل القبول في الشرط والعقد جميعاً . فلو قالت : ان طلقني فقد ملكتك هذا ثم رجعت قبل الطلاق صح اذ ليس برجوع في الطلاق بل في التملك قبل ابرامه فصح .

قلت : بل المذهب ان لا رجوع للزوج مطلقاً اذ هو كالرجوع في الطلاق واما هي فلها الرجوع في العقد قبل قبوله اذ ليس رجوعاً عن مال فأشبهه البيوع بخلاف الشرط اذ ليس بعقد الا بالفعل فلم يشبه العقد بالبيع .

والفوق بين الخلع بعقد والخلع بشرط فاني اخصها من التاج المذهب^(٢) :
(١) انه لا بد في الخلع بعقد من القبول في مجلس العقد او مجلس العلم به والا لم يصح بخلاف الشرط .

(٢) انه يعتبر نشوز الزوجة في الخلع بالعقد حال القبول اما الخلع بالشرط فانه يعتبر حال حصول الشرط .

(٣) ان الخلع بالعقد تلحقه الاجازة . فلو قام فضولي بالايجاب نيابة عن الزوج او الزوجة فأجاز هذا فقبل الطرف الاخر وقع الطلاق .

(٤) انه يصح الرجوع للمتزم العوض سواء اكانت هي ام غيرها في العقد قبل الطلاق من الزوج اذا تقدم منها او من غيرها الطلب . بخلاف الشرط فلا يصح الرجوع فيه من ملتزم العوض واما الزوج فلا يصح رجوعه فيها .

. . .

شرط الرجعة في الخلع عند الزيدية

لا يجوز عند الزيدية شرط الرجعة في الخلع لانه يتنافى مع المقصود من

(١) البحر الزخار ١٧٧/٣ .

(٢) التاج المذهب ١٧٨/٢ .

الخلع وهو البينونة ولهذا قالوا اذا شرط الزوج الرجعة في الخلع بطل الشرط .
وفرقوا بين حالتين : اذا اتبع الصيغة بالشرط فلا خلاف ان الشرط لاغ وأما اذا
اقتربت الصيغة بالشرط ففي الغاء الشرط اختلاف . الصحيح انه يلغو الشرط
أيضاً ويصح الخلع .

قال في المنتزع المختار^(١) :

اذا شرط في عقد الخلع ان يكون له الرجوع عليها ، صح الخلع ويلغو
شرط صحة الرجعة اي يبطل . فلو قال : خالعتك على الف فقبلت ثم قال ولي
عليك الرجعة ايضاً لغا الشرط بلا خلاف .

واما اذا قال خالعتك على الف على ان تكون لي الرجعة عليك فالصحيح
انه يلغو الشرط ايضاً ويصح الخلع . وقيل يكون تطبيقه رجعية .
والاصح الاول .

صيغة الخلع لدى الجعفرية :

الفرقة على مال عند الجعفرية تكون بالفاظ عدة تختلف احكامها في بعض
المسائل بعضها عن بعض وهي : الخلع والمباراة ، وما يشتق منها . والطلاق
على مال .

فالخلع يكون حين تنفرد الزوجة بكراهتها للرجل .

والمباراة حين تكون الكراهية من جانب الزوجين .

اما الطلاق على مال فلا يشترط فيه الكراهية .

واما من حيث انعقاد الخلع بين الطرفين ففيه اقوال واحكام عدة^(٢) .

(١) قيل انه عقد معاوضة ينعقد بايجاب وقبول في نفس المجلس ومقتضى

(١) المنتزع المختار ٤٤٨/٢ .

(٢) الاستبصار ٣١٩/٣ التهذيب ٢٧٦/٢ الكافي ١٢٣/٢ .

ذلك ان تسري عليه أحكام العقود في المعاوضات^(١) .

(٢) وقيل يكفي سؤال الزوجة زوجها الطلاق فيجيبها الى ذلك .

(٣) وقال بعضهم ان الخلع لا يجوز ولا ينعقد الا بعد ان تقول الزوجة لزوجها لا اغتسل لك من جنابة ولا اقيم لك حداً ولأطنن فراشك من تكرهه ..

(٤) وقال بعضهم لا يجوز ان يكون الموجب في عقد الخلع الزوج بل لابد ان تكون الزوجة هي التي تطلب منه ذلك من غير ان يضر بها . وعلى هذا القول اذا خالها دون كراهة منها لا يصح الخلع . ولا يملك الموض . ويقع الطلاق رجعيًا . وسيأتي بحث شرط الكراهية .

. . .

هل يقع الخلع بمجرد الايجاب والقبول ام لابد من اتباعه بالطلاق :

اختلف الجعفرية في وجوب اتباع عقد الخلع بين الزوجين بلفظ الطلاق على قولين :

١ - قيل انه يقع بلفظ الخالعة اذا ماتم قبولها .

٢ - وقيل لا يقع الا اذا اتبعه بطلاق مادامت الزوجة في العدة^(٢) .

وجاء في المختصر النافع^(٣) وفي وقوعه مجردا قولان :

(١) وعقد الخلع في رأي انه عقد غير لازم عند الجعفرية مادامت في العدة لان الزوجة ان ترجع في البذل مادامت في العدة .

(٢) لم اجد تعليلا لما ذهب اليه الجعفرية في وجوب اتباع لفظ الطلاق بعد الخلع الا انه من الممكن أن نقول أن صيغة التعليق في الطلاق عندهم لاغية لاتصح: فالتعليق باطل لا يقع به طلاق ولعل في صيغة الخلع مجرداً بعض التعليق . فهو تعليق الطلاق على دفع المال .

وهنا أشير الى ناحية هامة لم اجد احداً تعرض اليها وهي هل تحسب هذه الطلقة في العدة طلقة ثانية ام لا ؟ . قد يظن لاول وهلة انها طلقة ثانية ولكن الشيعة الجعفرية لا يوقون الطلاق في العدة فهي طلقة الخلع ولذلك فهي طاقعة واحدة . اذ لم يعتبروا الخلع طلقة الا في اتباعها بهذه الطلقة .

(٣) المختصر النافع ص ٢٢٧ .

قال علم الهدى : نعم وقال الشيخ لا حتى يتبع بالطلاق . ولو تجرد كان طلاقاً عند المرتضى ، وفسخاً عند الشيخ لو قال بوقوعه بمجرداً .

جاء في مختلف الشيعة^(١) والصحيح من مذهب اصحابنا ان الخلع بمجرده لا يقع ولا بد من التلفظ بالطلاق .

وفي اصحابنا من قال : لا يحتاج معه الى ذلك بل نفس الخلع كاف فيه .

وقال في السرائر^(٢) : فاما ما ذهب اليه بعض اصحابنا الى انه تقع الفرقة بمجرد الخلع دون ان يتبع بطلاق فغير معتمد لان الاصل الزوجية فمن ابانها بهما يحتاج الى دليل ولا دليل له من كتاب ولا سنة أو اجماع .

وقال في اللمعة الدمشقية^(٣) : وصيغة الخلع ان يقول الزوج خلعتك على كذا تم يتبعه بالطلاق على القول الاقوى .

وقال صاحب الروضة البهية^(٤) : وذلك لرواية موسى بن بكير عن السكاظم قال : المختلعة يتبعها بالطلاق مادامت في عدتها .

« وقيل يقع بمجرده من غير اتباعه به ، ذهب اليه المرتضى وابن الجنيد وتبعهم العلامة في المختلف لصحيفة محمد بن اسماعيل بن بزيع انه قال للرضا في حديث قد روى انها لا تبين حتى تتبع بالطلاق قال : ليس ذلك خلعاً .

فقلت تبين منه قال : نعم . »

وسواء أكان الخلع متبوعاً بالطلاق ام لا . اي على كلا القولين لا بد من قبول المرأة عقبيه .

. . .

(١) مختلف الشيعة ص ٤٤ .

(٢) السرائر ص ٣٥٠ .

(٣) اللمعة الدمشقية ص ١٦٣/٢ .

(٤) الروضة البهية ص ١٦٢/٢ .

ملاحظتنا على ماجاء في الروضة البهية :

ان ملخص ماجاء في هذا النص : ان لدى الجعفرية قولان بوجوب اتباع الخلع بالطلاق .

١ - فبعضهم قال لا بد من ان يتبع الخلع بالطلاق لرواية موسى بن بكير عن الكاظم .

٢ - وبعضهم قال يقع بمجرد صيغة الخلع ولا يحتاج الى طلاق لصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع .

ومن ذهب الى هذا الرأي العلامة في المختلف .

(١) وقد رجعت الى كتاب مختلف الشيعة فلم اجد رأي الشيخ كما نقل صاحب الروضة ، بل جاء فيه : والخلاف الصحيح في مذهب اصحابنا ان الخلع بمجرد لا يقع ، ولا بد من التلفظ بالطلاق . وفي اصحابنا من قال : لا يحتاج معه الى ذلك بل نفس الخلع كاف فيه (١) .

ثم رجعت الى كتب الاحاديث فوجدت الحديثين اللذين اعتمد عليهما في نقل المذهب :

أ - الاول وجدته في التهذيب (٢) ، ونصه : المختلعة يتبعها الطلاق مادامت في عدتها .

ب - والثاني وجدته في الاستبصار (٣) ، ونصه : عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تباري زوجها او تحتلعه منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع ، هل تبين منه بذلك ؟ او هي امرأته ما لم يتبعها الطلاق ؟ فقال : تبين منه ، فان شاء ان

(١) مختلف الشيعة في مخطوطات الجامعة العربية ويوجد نسخة منه في دارالتقريب ص ٤ .

(٢) التهذيب ٢/٢٧٢ وسنده : ما رواه علي بن الحسن به علي عن علي بن الحكم وابراهيم بن ابي بكر بن أبي سناك عن موسى بن بكر عن أبي الحسن الاول عليه السلام قال : ...

(٣) الاستبصار ٣/٣١٨ .

يرد إليها ما اخذ منها وتكون امرأته فعل . قلت : انه قد روي أنها لا تبين حتى يتبعها بالطلاق . قال : ليس ذلك خلع . فقلت تبين منه ؟ قال : نعم ^(١) .
والشيء الذي لفت نظري ما علق به الطوسي على هذا الحديث حيث قال ^(٢) :
« فالوجه في هذا الخبر ايضاً ما قدمناه من حمله على التقية ، ويكون قوله ليس ذلك اذا خلع - يعني عندهم - ولا يكون المراد بذلك ان ذلك ليس بخلع عندنا .. »

ولكن أئمتهم المعاصرين قالوا : يجمع بين صيغة الخلع وصيغة الطلاق معاً . فقد جاء في المذاهب الخمسة ^(٣) : « ان شاء جمع بينهما ، واكتفى بواحدة ، فتقول : هي بذلت كذا لتطلقني ، فيقول هو : خلعتك على ذلك فأنت طالق . وهذه الصيغة هي الاحوط والأولى عند جميع الإمامية » .

المبارأة :

وأما المبارأة : فلا بد فيها من اتباع الطلاق ، وصيغتها ان يقول الزوج : بارأئك على ألف . فتقول : قبلت . وهي تترب على كراهية كل من الزوجين لصاحبه ، بخلاف الخلع حيث يشترط ان تكون الكراهية من الزوجة ^(٤) . جاء في مختلف الشيعة ^(٥) :

قال الشيخ في التهذيب والاستبصار : الذي أعمل عليه في المبارأة انه لا

(١) الاستبصار ٣/ ٣١٨ .

(٢) المذاهب الخمسة ١٦٣ .

(٣) وجاء في مختلف الشيعة ص ٤٣ وروى الصدوق في الصحيح عن حماد عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : عدة المختلعة عدة المطلقة وخلعها طلاقها . وهي تجزي من غير أن يسمى طلاقاً .

(٤) المختصر النافع ص ٢٢٨ .

(٥) مختلف الشيعة ص ٤٤ .

يقع بها فرقة ما لم يتبعها بالطلاق ، وهو مذهب جميع اصحابنا المحصلين من تقدم منهم ومن تأخر .

وقد رجعت الى التهذيب^(١) ، فوجدت حديثاً عن ابي عبدالله عليه السلام قال : المبارأة تبين من غير ان يتبعها الطلاق .

كما رجعت الى الاستبصار^(٢) ، فوجدت ايضاً حديثاً عن ابي جعفر عليه السلام يقول : المبارأة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما ، لأن العصمة بينهما قد بانت ساعة كان ذلك منها ومن الزوج .

وقد وجدت بعد هذا تعليقاً اثبت به بنصه ، لعل اخواننا الشيعة يجدون فيه بعض ما وجدت ، فيعملون على ما ارجوه لهم ويرجوه كل مخلص لهذا التراث الفقهي الثمين :

قال محمد بن الحسن : هذه الاخبار اوردناها على ما رويت ، وليس العمل على ظاهرها ، لان المبارأة ليس يقع بها فرقة من غير طلاق ، وانما تؤثر في ضرب من الطلاق في ان يقع بائناً لا يملك معه الرجعة ، وهو مذهب جميع فقهاء اصحابنا المتقدمين منهم والمتأخرين لا نعلم خلافاً بينهم في ذلك . والوجه في هذه الاخبار ان نحملها على التقية لانها موافقة لمذهب العامة ولسنا نعمل به^(٣) .

وعلى كل فهذا الذي جاء في كتب الاحاديث التي اشاروا اليها في كتب الفقه عندهم . وتلك اقوالهم التي نقلوها اليها ، على ان الامر مجمع عليه تقريباً في ان المبارأة يجب ان يتبعها طلاق .

(١) التهذيب ٧٨/٢ وسنده التهذيب : عن جعفر بن محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عن ابي عبد الله قال : - ...

(٢) الاستبصار ٣١٩/٣ وسنده الاستبصار : عن عمرو بن عثمان عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن عمر ان قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول : ...

(٣) الاستبصار ٣٢٠/٣ ومذهب العامة عندهم : مذاهب جماهير المسلمين ويمتثلون خاصة مذاهب أهل السنة والجماعة .

وتشياً مع القواعد العامة لمذهبهم فالعبارة لما جاء في كتب الفقه لا ما جاء في كتب الاحاديث ، وخاصة اذا كانت كتب الفقه تأخذ عن كتب الاحاديث وتستنبط احكامها . ولائنا لانستطيع ان نقول : لمنهم لم يطلعوا على هذه الاحاديث حتى ترجح في مذهبهم ما جاء في الحديث ، على اعتبار انه الاصل في استنباط الفروع . ولسنا في مجال الاجتهاد في مذهبهم حتى نصحح لهم ذلك . ولهذا فاني اعود الى ما جاء في كتب الفقه المتداولة عندهم .

قال في المختصر النافع^(١) : وبشروط اتباعها بالطلاق على قول الاكثر .

والفرق بين الخلع والمباراة عندهم :

- (١) لا يجوز في المباراة ان يأخذ الزوج منها اكثر مما اعطاها .
 - (٢) يجب اتباع المباراة لفظ الطلاق على قول الاكثر .
 - (٣) لا يجوز المباراة الا حين وجود الكراهة من جانب الزوجين ، أما الخلع فيشترط ان تكون من جانب واحد .
- ويتفقان :

- (١) من حيث ان شروطهما شروط الطلاق « القصد والاختيار والطهر والشهود » - وقد مر معنا ذلك في باب الطلاق بالارادة المنفردة -
- (٢) في كل من الخلع والمباراة يجوز للمرأة ان ترجع عن البذل ما دامت في العدة ، فيراجعها زوجها ان شاء . وسيأتي شرح ذلك .

مانقله الاستاذ الشيخ علي الخفيف في هذا الموضوع :

يقول الاستاذ الخفيف^(٢) : فاذا خلت صيغة المباراة من لفظ الطلاق لم يقع بها شيء اجماعاً .

ولعل استاذنا اكتفى بما جاء في كتاب الشرائع : وتقف الفرقة في المباراة على التلفظ بالطلاق اتفاقاً منا وفي الخلع على الخلاف .

(١) المختصر النافع ص ٢٢٨ .

(٢) فرق الزواج ص ١٤٩ .

ان سبب الخلاف في النقل عن المذهب الجعفري يعود الى المذهب نفسه ،
والى مبدأ التقية ، الذي يسير عليه الفقه الجعفري . وقد تتبعنا هذا الموضوع
فأسفنا لما وصلت اليه من ان اخواننا الشيعة يذكرون الاحاديث ويسمونهم
الايخاء عن أئمتهم ، لانهم لا يروون عن غيرهم ، فاذا ما تعارض حديثان فسرعان
ما يردون الحديث الذي رواه الجمهور جمهور اهل السنة ويسمونهم العامة . وفي
هذا منتهى الغرابة ، فان الصحة يجب ان تكون مجردة ، لان الاحكام بأدلتها
وحججتها ومصادرها ، لا يخالفونها للمذهب العامة .

واسوق على سبيل المثال بعض ما جاء في باب الخلع والمباراة :

جاء في الاستبصار فيما اختلف من الاخبار في الجزء الثالث القسم الاول^(١) ،
وفي التهذيب^(٢) ، وفي الكافي^(٣) ، عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير
عن ابي ايوب عن محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال :

المختلعة التي تقول لزوجها : اخلعني وانا أعطيك ما اخذت منك . فقال :
لا تحل له ان يأخذ منها شيئاً حتى تقول : والله لا أبر لك قسماً ولا أطيع لك
أمراً ولأذنن في بيتك بغير اذنك ولأوطئن فراشك بغيرك فاذا فعلت ذلك
من غير ان يعلمها حل له ما اخذ منها ، وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها ، وكانت
بائناً بذلك ، وكان خاطباً من الخطاب .

ثم جاء في التهذيب^(٤) والاستبصار^(٥) :

ما رواه علي بن الحسن عن علي بن الحكم وابراهيم بن ابي بكر بن أبي

(١) الاستبصار ص ٣١٥ .

(٢) التهذيب ٢/٢٧٦ .

(٣) الكافي ٢/١٢٣ .

(٤) التهذيب ٢/٢٧٦ .

(٥) الاستبصار ٣/٣٩٧ .

سماك عن موسى بن بكر عن ابي الحسن الاول عليه السلام قال :
المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في عدتها .

وهنا يقول الطوسي : فإن قيل : فما الوجه في الاحاديث التي ذكرتها وما تضمنت
من ان الخلع طليقة بائنة ، وانه اذا عقد عليها بعد ذلك كانت عنده على طليقتين
وانه لا يحتاج الى ان يتبع الطلاق وما جرى مجرى ذلك من الاحكام ، قيل
له : الوجه في هذه الاخبار ان نعلمها على ضرب من التقية ، لأنها موافقة
لمذهب العامة .

وفي المباراة : جاء في التهذيب ^(١) وفي الاستبصار ^(٢) .

عن جعفر بن محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلام
قال : المباراة تبين من غير ان يتبعها الطلاق .

وفي عبارة : جاء وما رواه محمد بن ايوب عن ابن بكر عن عبيد بن زرارة
عن ابي عبد الله عليه السلام قال :

ما سمعت فيما يشبه قول الناس فيه التقية ، وما سمعت مني لا يشبه قول
فلا تقية فيه .

ويقول الطوسي : والقول بأن الخلع يقع في بينونة يشبه قول الناس ،
فينبغي ان يكون محمولاً على التقية .

ومرة ثانية نقول لآخواننا الشيعة الجعفرية نقحوا كتبكم من هذه الامور
فلم يعد للتقية موضعاً بعد ان زالت اسبابها .

(١) التهذيب ٢/٢٧٨ .

(٢) الاستبصار ٣/٣١٩ .

شرط الرجعة عند الجعفرية :

ان عقد الخلع عند الجعفرية وان لم يكن لازماً بالنسبة للزوجة الا أنه عقد لازم بالنسبة للزوج فلو شرط في الخلع على أن يكون له حق الرجعة بطل الشرط لأنه وان كان يجوز له الرجوع ولكن هذا مقيد بما بعد رجوع الزوجة بما دفعته . ولهذا قال في الجواهر^(١) :

لو خالعهما وشرط الرجوع لم يصح الشرط لكونه مخالفاً للسنة المستفيضة لكون الخلع طلاقاً بائناً .
وهناك قول بالجواز .

جاء في مختلف الشيعة في باب الخلع وقال ابن حمزة : يجوز ان يشترط الزوج الرجوع^(٢) .

☆ ☆ ☆

شرط الاشهاد عند الشيعة الجعفرية :

لا يقع الطلاق عند الجعفرية الا بحضور شاهدين عدلين كما سبق وذكرنا ذلك . والخلع فرقة بين الزوجين وقالوا انه طلاق ولهذا فقد أوجبوا فيه شرط الاشهاد كما أوجبوا في الطلاق وقالوا لا يقع الخلع الا أمام شاهدين عدلين .
جاء في المختصر النافع^(٣) : ويعتبر في العقد حضور شاهدين عدلين .

وجاء في جواهر الكلام^(٤) : لا يكون خلع ولا مبارأة الا على طهر من المرأة من غير جماع وشاهدين يعرفان الرجل ويريان المرأة ويحضران التخيير وأقرار المرأة انها على طهر من غير جماع يوم خيرها .

(١) جواهر الكلام ٣٦٣/٥ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٤٤ .

(٣) المختصر النافع ص ٢٢٧ .

(٤) جواهر الكلام ص ٣٥٥/٥ .

الصيغة والتكييف الفقهي عند الظاهرية :

الخلع عقد بين الزوجين عند الظاهرية فيجب ان تتوفر فيه سائر الشروط في عقود المعاوضات من حيث التراضي وموافقة الايجاب للقبول .

على ان الظاهرية اشترطوا شرطين لا يصح الخلع بدونهما : اذا خافت ان لا توفيه حقه او سافت ان يبغضها فلا يوفيه حقا .

ولم يفرقوا في الالفاظ بين لفظ الخلع او لفظ المفاداة فكلها الفاظ تعبر عن معنى واحد هو أن تدفع الزوجة برضاها اذا كرهت زوجها مبلغاً من المال لقاء طلاقها .

جاء في المحلى^(١) : الخلع وهو الافتداء اذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه او خافت ان يبغضها فلا يوفيه حقا ، فلها ان تفتدي منه ويطلقها ان رضي هو وإلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي انما يجوز بتراضيها ، ولا يحل الافتداء إلا بأحد الوجهين المذكورين او باجتماعهما ، فان وقع بغيرهما فهو باطل ويرد عليها ما اخذ منها وهي امرأته كما كانت ، ويبطل خلافه ، ويمنع من ظلمها فقط ولها ان تفتدي بجميع مائلك .

* * *

شروط الرجعة عند الظاهرية :

ان الخلع عند الظاهرية طلاق رجعي ولهذا لا مجال للنص على هذا الشرط فهو مشروط حكماً بحكم الشرع . فاذا راجع الزوج زوجته بعد الخلع وهي في العدة فعليه ان يدفع لها عوض الخلع كاملاً ، الا انهم قالوا ان الزوج ان يشترط على زوجته حين الخلع ان لا رد للعوض فيما لو راجعها ، فاذا قبلت بذلك فلا يرد للعوض لو راجعها والشرط صحيح^(٢) .

(١) المحلى ٢٣٠/١٠

(٢) المصدر السابق ٢٤٠/١٠ .

الصيغة والتكليف الفقهي عند الاباضية :

الفرقة بين الزوجين على مال تم عند الاباضية بالفاظ متعددة كالخلع والفداء والمباراة والصلح ، وقيل أنها كلها بمعنى واحد وقيل أنها تختلف باختلاف كل لفظ عن الآخر من حيث العوض^(١) .

والخلع هذا اتفاق بين الزوجين يتم بإيجاب وقبول فلا يصح مع عدم التراضي بينهما ويشترط موافقة الإيجاب للقبول .

قال في شرح النيل^(٢) : وان أبرأته منه فقام ولم يقبل ثم قبل فالأكثر على جوازها . وقيل بالمنع بعد المجلس وعليه فلا يكون ذلك فداء . والصحيح الأول . وان رجعت قبل أن يقبل فلا قبول له بعد وقيل له . وإذا قام ولم يقبل فقبل يجبر على أن يقبل أو يرد وقيل فانه القبول .

والفرقة بين الزوجين طلاق بائن إذا كانت على عوض . ولكن إذا اتفق الزوجان في العدة على المراجعة صح الاتفاق وعادت الزوجية . ان لم تكن الطلقة الثامنة أو كان قبل الدخول فلا تجوز المراجعة .

جاء في شرح النيل^(٣) :

وصحت مراجعة الفداء بأشهاد في عدة على رد صداق لها وقبول ورضى منها عند الأكثر بأي لفظ مفهم للمراد بلا اجمال ، ولا الباس مثل ان يقول : هذه امرأتى من قبل قد افترقنا بالفداء اشهدوا اني رددت لها مالها على الرجعة . وتقول اشهدوا اني قبلته عليها ويقول اشهدوا اني رجعت اليها أو راجعتها .

(١) جاء في شرح النيل ان الفداء : فرقة بين الزوجين بردها اليه صداقها وقبوله اياه والخلع فرقة بينهما بردها بعضه وقبوله . وقيل : الخلع والفداء والفدية والصلح والمباراة سواء تقع بالبعض والكلى وأكثر منه . وقيل : انهن بمعنى واحد وهويذل المرأة العوض على طلاقها ، الا ان اسم الخلع يختص ببذلها جميع ما اعطاها والصلح ببعضه ؟ والفدية والفداء بأكثر والمباراة اسقاطها عنه حقا لها عليه ٤٨٠/٣ .

(٢) شرح النيل ٤٨٣/٣ .

(٣) شرح النيل ٥١٠/٣ - ٥١١ .

ويعمل الاباضية اشتراط رضا الزوجة بالمراجعة مع ان للزوج الحق المطلق في مراجعة زوجته اذا ما طلقها طلاقاً رجعيّاً دون ان يأخذ رأي الزوجة في الموضوع بقولهم :

« وانما اشتروط في مراجعة الفداء رضا المرأة دون مراجعة الطلاق لأن الفعل في الطلاق من الرجل وحده فكان كذلك في المراجعة عليها بخلافها في الفداء لانه انما وقع بهما معاً فكانا مشتركين فيها أيضاً . »

☆ ☆ ☆

المطلب الثالث -- رأينا في صيغة الخلع^(١)

من حيث اللفظ :

الذي يبدو لي ان المذاهب التي عينت للخلع الفاظا فقالت لا يكون الخلع الا بها ، قد جانبت الصواب . فمصادر الخلع كما جاءت في القرآن الكريم والسنة النبوية ليس فيها ما يدل على لفظ معين . بل ان القرآن الكريم لم يأت بلفظ الخلع بل ذكر المفاداة . والاحاديث التي جاءت عن امرأة ثابت بن قيس دلت على الفاظ مختلفة فرواية تقول : خل سبيلها . ورواية تقول طلقها ، وأخرى : ففارقتها . وهكذا فتقييد الخلع بلفظ أو لفظين لا معنى له . هذا من جهة المنقول ومن جهة المعقول فان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني .

من حيث العوض :

ثم الذين اجازوا الخلع بدون عوض فهذا أيضا يخالف حكمة التشريع من الخلع لان الخلع كما فهمنا من مصادره انه عقد بين رجل وامرأة على انتهاء الحياة الزوجية لقاء بدل تدفعه الزوجة لزوجها .

فاذا خلا الخلع عن عوض كان طلاقا فخرج عن اسم الخلع ولا يجوز ان نقول : خلع بعوض وخلع بدون عوض لأن الخلع فيه مشاركة بين رجل وامرأة على أمر ليس هو الطلاق فحسب ، لان هذا يملكه الرجل بدون رضا الزوجة . فالقرآن الكريم سماه افتداء والافتداء لا يكون بدون عوض . والرسول الكريم أمر امرأة ثابت ان ترد لزوجها حديقته فمن اين اتوا بجواز الخلع بدون عوض .

(١) أطأت قليلاً في بحث صيغة الخلع لاني وجدت النقول مضطربة كثيراً في هذا الموضوع الهام . حتى ان المؤلفات القديمة غير محررة إذ يختلف بعضها عن بعض في الصيغة التي يتعقد بها الخلع ، وفي تحريرنا هذه النقول وخاصة في التكييف الفقهي للخلع مايسهل علينا استنباط كثير من الاحكام الفقهية التي تركز على الصفة الشرعية للخلع .

أما ما ذهب اليه الاحناف من التفرقة بين الطلاق على مال والخلع بما خالفوا به الجمهور فلا نجد لهذه التفرقة مبرراً فكل فرقة على عوض بأي اسم كانت هي خلع . ولهذا فقد وجدنا بعض المؤلفات في المذهب الحنفي لم تحدد هذه التفرقة كما ان الامام محمد بن الحسن قال : لا تفرقة بينهما .
والى هذا ذهب محكمة النقض السورية في قرارها رقم ٢٣٦ تاريخ ١٩٦٠/٩/٢١ حيث قالت فيه : اذا كان الطلاق مقابل مال ، كان ذلك مخالفاً .

التكييف الفقهي :

وما ذكره الاحناف من ان الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة مبني على أساس صحة تعليق الطلاق . ونحن نرى عدم ضرورة هذا التعليق لما ذهبنا اليه في بحث التعليق في الطلاق .

ولهذا فاني ارى انه لا موجب للتفرقة بين لفظ الخلع او غيره من الالفاظ كالمفاداة أو المباراة فكلها الفاظ تعبر عن معنى واحد .

وكذلك فان البدل ضروري في الخلع لان الخلع هو اتفاق بين رجل وامرأة على انتهاء حياتهما الزوجية لقاء عوض تدفعه له ، فاذا خالع الرجل زوجته بدون عوض لم يكن هذا خلعاً بل كان طلاقاً له حكم الطلاق لانه لفظ كناية يقع به الطلاق وهو طلاق رجعي خلافاً لما ذهب اليه الاحناف .

واخيراً فاني ارى ان يكون تكييف العلاقة بين الزوج والزوجة في عقد الخلع عقد معارضة محضة بين الطرفين كما ذهب الى ذلك المالكية وفريق من الشافعية والحنابلة . وهذا يتفق مع ما سوف نرجعه من ان الخلع فسخ لاطلاق اذ لا دخل للتعليق فيه .

الفرع الثاني

الزوج

شروط الخالع :

من جاز طلاقه جاز خلع له لان من جاز طلاقه بدون عوض فطلاقه بعوض
يجوز بالاولى ولا مجال للاطالة في هذا البحث فقد سبق أن ذكرنا
شروط المطلق^(١).

غير اننا نستعرض بايجاز خلع الصبي والمجنون والمحجور عليه والمريض
مرض الموت .

المطلب الاول — خلع الصبي والمجنون والمحجور عليه

لم يفرق جمهور الفقهاء بين الطلاق والخلع من حيث اهلية الزوج وها نحن
ننقل نصوص المذاهب في ذلك .
المالكية :

قال الحرشي^(٢) — ولو كان الزوج سفيفاً فالخلع جائز وطلاقه نافذ لانه

(١) قال في الإنصاف ٣٨٦/٨ ويجوز الخلع من كل زوج يصح طلاقه .
وقال الجعفرية في المذاهب الخمسة : يشترط البلوغ والعقل في الزوج للخلع . وقال في الجواهر
٣٥٥/٥ يعتبر في الخلع شروط اربعة : البلوغ وكال العقل والاختيار والقصد .
وقال الشافعية في معني المحتاج : وركن الخلع : زوج ينفذ طلاقه بأن يكون عاقلاً مختاراً .
(٢) نرح الحرشي ١٥٥/٣ وقال : ويجوز صدور الطلاق من ولي الصغير سواء كان أباً أو
وصياً أو سلطاناً أو نائباً على وجه النظر في الجميع .

إذا كان له أن يطلق بغير عوض فيه أولى... ولا يجوز طلاق وإيه عنه ولا أن يخالع عنه .

وقال الدسوقي (١) : فإن خالع بخلع المثل فالامر ظاهر وإن خالع بدونه كان خلع المثل . ولا يبرأ المختلع بتسليم المال للسفيه بل لوليه .

ولا يصح خلع الصبي والمجنون عند المالكية .
وقد نص الدردير على أن موجب الخلع زوج مكلف لا صبي ومجنون (٢) .

الخنايلة :

جاء في الانصاف (٣) :

فإن كان مجبوراً عليه : دفع المال الى وليه ، هذا المذهب .
وقال : وفي صحة خلع المميز وجهان : أحدهما يصح وهو المذهب .
والثاني لا يصح . والخلاف هنا مبني على الخلاف في طلاقه .

الأحناف :

قال في المبسوط (٤) :

« وخلع الصبي وطلاقه باطل لأنه ليس له قصد معتبر شرعاً خصوصاً فيما يضر » .

(١) حاشية الدسوقي ٤١٣/٢ .

(٢) الدردير ٤١٢/٢ .

(٣) الإنصاف ٣٨٦/٨ .

(٤) المبسوط ١٧٨/٦ وقال السرخمي: وكذلك فعل أبيه عليه في الطلاق باطل لأن الولاية إنما تثبت على الصبي لمن النظر له ولتحقق الحاجة اليه وذلك لا يتحقق في الطلاق . هذا بعكس إذا كانت الزوجة صبية : وإذا اختلعت الصبية من زوجها الكبير فالطلاق واقع عليها لأن الزوج من أهل الإيقاع ، وإيجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها وقد تحقق القبول منها فيقع كالموافق أن تكلمت فأنت طالق فتكلمت . ولكن لا يلزمها المال لأنه التزام المال من الصبية لا يصح خصوصاً فيما لا منفعة لها فيه .

الشافعية :

قال في مغني المحتاج ^(١) : « لا يصح خلع الصبي والمجنون كما لا يصح طلاقهم اما المحجور عليه بسفه فخلعه صحيح باذن ودونه ، بهر المثل او أقل ، اذ له ان يطلق مجانا فبعوض اولى .

ويسلم العوض الى وليه فان سلمت العوض الى السفه بغير اذن الولي وهو دين لم تبرأ ويسترده منه » .

الزيدية :

قال في التاج المذهب ^(٢) : « ولا يصح من الصبي والمجنون ولو اذن لهما وليهما » . وقال في المنتزع المختار ^(٣) : « ويصح الخلع من المحجور عليه » .

الجعفرية :

قال في جواهر الكلام في بحث شرائط الخالع : « ولا يقع من الصغير والمجنون الذين قد عرفت الاجماع على سلب عبارتيهما » ^(٤) .

الاباضية :

قال في شرح النيل ^(٥) : « ولا يلزم طفلاً ومجنوناً فداء ولا يصح منها قبول ولا طلاق ولو بولي » .

(١) مغني المحتاج .

(٢) التاج المذهب ١٧٤/٢ .

(٣) المنتزع المختار ٤٣٣/٢ .

(٤) جاء في جواهر الكلام ص ٣٥٥/٥ - : ولو خالع ولي الطفل بعوض صح إن لم يكن طلاقاً مع المصلحة او مع عدم المفسدة وبطل على القول بكونه طلاقاً لعدم صحته من ولي الطفل .

(٥) شرح النيل ٤٩٦/٣ .

المطلب الثاني — خلع المريض مرض الموت

قال جمهور الفقهاء ان خلع المريض مرض الموت صحيح ونافذ قياساً على طلاقه . وقال بعضهم يحرم ديانة لا قضاء . وهذه آراء المذاهب :

قال الشافعية : يجوز الخلع في مرض الموت . لان الرجل يملك الطلاق بدون عوض فخلعه طلاق بعوض ، فيجوز بالاولى . ولا ضرر فيه على المرأة ما دام يملك طلاقها .

جاء في مختصر المزني ^(١) : « ويجوز الخلع في المرض كما يجوز في البيع . فان كان الزوج هو المريض : فخالعها بأقل من مهرها ثم مات فجائز لان له ان يطلقها من غير شيء » .

وقال في تحفة المحتاج ^(٢) : « ويصح خلع المريض بأقل شيء لانه يصح طلاقه بجائز فأولى بشيء ولو قليلا . »

وقال المالكية : لا يجوز خلع المريض لان في ذلك اخراج وارث في مرض موته . فان فعل ذلك نفذ ووقع الطلاق لان الحرمة دينية لا قضائية .

قال الحرشي : « لا يجوز للمريض مرض الموت ومن في حكمه ان يخالعه زوجته لان فيه اخراج وارث . فان فعل فانه ينفذ ويقع عليه الطلاق ^(٣) » .

(١) مختصر المزني ٦٧/٤ .

(٢) تحفة المحتاج ٤٦٦/٧ .

(٣) شرح الحرشي ١٥٥/٣ وقال : واذا طلق في مرضه الخوف ثم مات فيه فإن الرجل لا يرثها ولو طلقها مريضة . لانه هو الذي أسقط ما كان بيده . ولو مات فإن المرأة ترثه لانه فار بطلاقها حيثئذ من الإرث سواء كانت مدخولاً بها أم لا . انقضت عدتها وتزوجت ، أم لا .

وقال الحنابلة : يجوز خلع المريض مرض الموت اذا لم يكن هناك محاباة .
 فاذا ظهرت محاباة الزوج في هذا الخلع كما لو اوصى لها بمبلغ من المال ، ينظر
 فيه فان كان اقل من ميراثها منه صح ولزم وان كان اكثر يصح وتلغو الزيادة .
 قال الحرقي (١) : «ولو خالعه في مرض موته واوصى لها باكثر مما كانت
 ترث فللورثة ان لا يعطوها اكثر من ميراثها » .

وقال ابن قدامة في المغني : (٢) اما خلعه لزوجته فلا اشكال في صحته سواء
 اكان يهر مثلها او اكثر او اقل . ولا يعتبر من الثلث لانه لو طلق بغير عوض
 لصح ، فلان يصح بعوض اولى . ولان الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء فانه لو مات
 وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل الى ورثته فاما ان اوصى لها بمثل ميراثها او
 اقل صح لانه لانه في انه ابانها ليعطيها ذلك فانه لو لم يبينها لآخذته بميراثها ،
 وان اوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها من ذلك لانه اتهم في انه قصد ايصال
 ذلك اليها ، لانه لم يكن له سبيل الى ايصاله اليها وهي في حباله فطلقها ليوصل
 ذلك اليها فمنع منه كما لو اوصى لوارث .

ولم يقيد الجعفوية خلع المريض بقيد بل قالوا يجوز خلع المريض مرض الموت
 جاء في المذاهب الخمسة (٣) :

اما الخلع من المريض مرض الموت فيصح بلاريب ، لانه لو طلق بغير
 عوض لصح فالطلاق بعوض اولى .

أما الزيدية فقد قيدوا عوض الخلع بالثلث دفعاً لتهمة المحاباة .
 قال في المنتزع المختار (٤) : ويصح الخلع اذا كان مريضاً . وانما ينفذ اخراج
 عوض الخلع في حال المرض الخوف من الثلث اذا وقع الموت فيه .

(١) المغني ٢٢٣/٨ . وجاء في الإنصاف ١٩/٨ ، وإن طلقها في مرض موته . وأوصى
 لها باكثر من ميراثها وإن خالعه في مرضه أو حاباها : فهو من رأس المال .

(٢) المغني ٢٢٣/٨ .

(٣) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٦٢ .

(٤) المنتزع المختار ٤٣٣/٢ .

واجاز الاحناف أيضاً خلع المريض مرض الموت .
جاء في البحر الرائق^(١) : ولو اختلعت صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز
بالمسمى قل اوكثر .

اما الظاهرية : فيجيزون الخلع بمرض الموت لانهم لا يفرقون بين تصرفات
مريض مرض الموت او غيره . وقد انتقد ابن حزم بحجج قوية من قال بمرض الموت^(٢) .
وقال الاباضية^(٣) : وان مرض فافتدت منه فمات في مرضه لم ترثه وجاز
عليه الفداء . ان يرى . لان افتدائها اسقاط لميراثها باختيارها ولو كانت في العدة .

* * *

(١) البحر الرائق ٨٠/٤ .

(٢) يراجع احكام طلاق المريض مرض الموت في هذا الكتاب .

(٣) شرح النيل ٥٠١/٣ .

الفرع الثالث

الزوجة

الزوجة :

يشترط في الزوجة المخالعة أن تكون زوجة للمخالع في عقد صحيح^(١) .
والاصل ان المخالعة لا تكون الا بين زوجين ولكن هناك بعض حالات
تكون فيها الزوجة غير كاملة الاهلية لصغر أو سفه فيتولى عنها وليها المالي وقد تكون
مريضة مرض الموت فتخالع زوجها . كما يجوز ان يتولى المخالعة اجنبي عن الزوجة .
وسنبحث هنا خلع المريضة مرض الموت ثم من يتولى المخالعة عن الزوجة في
حال خلع الاجنبي وفي حال خلع الولي .

المطلب الاول : خلع المريضة مرض الموت

اذا اختلعت الزوجة في مرض موتها وماتت وهي في العدة فهل يصح الخلع
ويستحق الزوج بدل الخلع الذي دفعته له ليطلقها فيبقى ملكاً له ام يسترده ورثة
المختلعة دفعاً لتهمة التواطؤ بين الزوجين لحرمان بعض الورثة .
لاخلاف بين الفقهاء في صحة خلع المريض مرض الموت غير بمقدار الميراث
الذي ترثه الزوجة من زوجها ، ولما كان لهذا صلة ايضاً ببطل الخلع الذي هو
ركن من اركانه فاني انقل آراء الفقهاء بما يجاز .

(١) جاء في المادة ٢٩٧ من مجموعة الاحكام الشرعية قدري باشا : اذا خالع الزوج امرأته
واخذ منها بدلاً بغير حق بأن كان النكاح فاسداً من اصله لا يقبل الخلع فلها ان تسترد ما اخذه .

قال الزيدية : اذا خالع الزوج زوجته المريضة مرض الموت على عوض معين ثم ماتت وهي في العدة فانه يأخذ الاقل من شئين : عوض الخلع والميراث فيما لو كان يرثها . فاذا كان عوض الخلع اكثر من الميراث استحقه كله وان كان اكثر فلا يستحق ما زاد على الميراث وان كان الميراث الذي يرثها به اقل من الخلع اخذ ما يعادل ميراثه من بدل الخلع ورد الباقي للورثة .

جاء في التاج المذهب^(١) : و اذا طلق المريضة على عوض منها ، أو من مريض غيرها ولو كانت صحيحة ، سواء كان العوض قدر الثلث ام اكثر منه ولم يجز الورثة ، فلا ينفذ ذلك العوض في حال المرض الخوف اذا وقع الموت منه الا من الثلث فقط . ويعتبر الثلث ووجود الوارث وعدمه في العقد حال العقد .

وقال الاحناف : — يأخذ الزوج الاقل من ثلاثة اشياء : بدل الخلع . ثلث التركة بعد وفاء الديون . ميراثه منها .

فاذا زاد بدل الخلع على ثلث التركة ننظر فان كان بدل الخلع هذا اقل من ميراثه منها اخذه كاملا اما لو زاد بدل الخلع على ميراثه منها كان بحكم الوصية لا تنفذ الا باجازة الورثة . فلو كان بدل الخلع اقل من ميراثه منها استحق بدل الخلع لانه الاقل والفرق بين بدل الخلع وميراثه يعتبر بحكم الوصية . والوصية لو ارث لا تجوز^(٢) .

جاء في البحر الرائق^(٣) :

« واذا اختلعت مريضة من زوجها بمهرها ثم ماتت : ينظر الى ثلاثة اشياء الى ميراثه منها والى بدل الخلع والى ثلث مالها . فيجب اقلها والزيادة هذا لو

(١) التاج المذهب ١٩١/٢ .

(٢) غير انه يلاحظ انه في القوانين التي تجيز الوصية لو ارث يستحق الزوج الزيادة في هذه الحال على ان لا تزيد عن الثلث بحال . ومن هذه القوانين قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

(٣) البحر الرائق ٨٠/٤ .

ماتت في ذات المرض ولو برثت منه سلم الزوج كل البذل كهيبتها فيه .
وخالف بذلك زفر وقال يخرج من جميع المال^(١) .

وفي المالكية . خلاف في المذهب بين مالك وابن القاسم . والمذهب ان
للزوج الاقل من الميراث أو بدل الخلع اذا ماتت وهي في مرض الموت سواء
كانت في العدة ام لا ...

قال مالك : من اختلعت في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يحز ولا يرثها .
وقال ابن القاسم : وأنا أرى انها اذا اختلعت منه باكثر من ميراثه منها فله
قدر ميراثه ويرد الزائد وان اختلعت منه بقدر ميراثه فأقل ، فذلك جائز
ولا يتوارثان^(٢) .

وحمل بعضهم قول مالك على انه لا يجوز اذا كان بجميع المال . اما اذا كان
باقل من ميراثه فيجوز^(٣) .

وقال ابن رشد^(٤) : وروى ابن نافع عن مالك : انه يجوز خلعهما
بالثلث كله^(٥) .

وقال الاباضية^(٥) : فان ماتت في مرضها اخذ الاقل من صداق وبارث .
لثلا يأخذ اكثر مما اعطى . ولأن المفاداة في المرض شبيهة بالوصية . غير ان
رجوع الصداق فيه عوض من خروجها من ملكه لا مجرد عطية . وغير انه

(١) المبسوط ١٩٤/٦ وقال زفر : من جميع المال . واعتبر الخلع بالنكاح فان المريض
لو تزوج امرأة مهر مثلها اعتبر من جميع ماله لان ذلك من حوائجه وكذلك المريضة اذا
اختلعت لان ذلك من حوائجها لتتخلص من أذى الزوج .

(٢) شرح الخرشي ١٥٨/٣ .

(٣) حاشية الدسوقي ٤١٥/٢ .

(٤) بداية المجتهد ٤١/٢ .

(٥) التاج المذهب ٢٩١/٢ وجاء فيه : اما اذا كان الخلع على شرط فيعتبر الثلث عند
حصول الشرط .

(٦) شرح النيل ٥٠١/٣ .

ليس وارثاً ومع ذلك حكم عليه بحكم الوارث لانه لولا الفداء لكان وارثاً وان
تساويا اخذ احدهما .

وذهب الشافعية والجعفرية الى ان خلع المريضة مرض الموت صحيح الا
انه في حدود مهر المثل او ثلث التركة . الأقل من هذين الشئيين . فاذا خالعت على
الف وكان مهر مثلها ذلك استحقه بعد موتها اذا كان ثلث تركتها اكثر من الف
وان كان اقل من الف استحق ثلث التركة .

قال ابن حجر في تحفة المحتاج^(١) :

« ويصح اختلاع المريضة مرض الموت لان لها صرف مالها في شهواتها بخلاف
السفينة ولا يحجب من الثلث الا الزائد من مهر المثل لان الزائد عليه
هو التبرع^(٢) . »

وقال الجعفرية^(٣) :

« فان خالعت بمهر مثلها جاز ونفذ من الاصل ، أما اذا زاد عن مهر المثل
فتخرج الزيادة من ثلث المال . »

وروى في جواهر الكلام رواية اخرى^(٤) : ولو خالعت في مرض الموت
صح وان بذلت اكثر من الثلث ...

ثم قال : وفيه قول آخر مشهور بين الاصحاب والمعمول به بينهم وهو ان
الزائد من مهر المثل من الثلث .

(١) تحفة المحتاج ٤٦٦/٧ مفى المحتاج ٢٦٥/٣ .

(٢) قال في مفى المحتاج ٢٦٥/٣ ، لأن التبرع انما هو بالزائد فهو كالوصية للاجنبي
ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الارث الا ان يكون وارثاً بجهة اخرى غير
الزوجية كابن عم مثلاً .

(٣) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٦١ .

(٤) جواهر الكلام ص ٣٥٥/٥

وقال الحنابلة بما قال به المالكية على المعتمد عندهم : ان الزوج يأخذ الاقل من بدل الخلع او من ميراثه منها .
قال في المغنى^(١) : اذا خالعت المريضة بميراثه منها فمادونه صح ، ولا رجوع .
وان خالعت بزيادة بطلت الزيادة .
وجاء في الانصاف^(٢) : [وان خالعت في مرض موتها : - فله الاقل من المسمى أو ميراثه منها وهذا المذهب] .

أما الظاهرية : فلا يفرقون بين الصحيح والمريض فتصرفات المريض مرض الموت زوجاً أم زوجة صحيحة عندهم وعلى هذا فلو خالعت على مبلغ ما ثم ماتت فله العوض كاملاً سواء كان اقل من الميراث او الثلث ام اكثر .



(١) المغنى ٢١٥/٨ وقال ابن قدامة : وهذا قول الثوري واسحاق .

(٢) الانصاف ١٩/٨

المطلب الثاني — خلع غير الزوجة

هل يصح الخلع من غير الزوجة ؟ ..

اختلف الفقهاء في خلع غير الزوجة سواء أكان هذا الغير اجنبياً عنها أم كان ولياً لها .

قال الظاهرية والجعفرية والحنابلة^(١) وبعض الزيدية : لا يجوز الخلع من غير الزوجة .

وأجاز ذلك الاحناف والشافعية والمالكية وجمهور الزيدية :

أولاً : من قال انه لا يجوز خلع غير الزوجة .

قال ابو ثور : ان خلع الاجنبي غير صحيح لان بذل العوض في مقابلة ما يحصل لغيره من نفع سفه فلا يصح .

جاء في المحلى^(٢) : خلع الاب والوصي باطل . ولا يجوز ان يخالع عن المجنونة ولا عن الصغيرة اب ولا غيره لقوله تعالى : « ولا تكسب كل نفس الا عليها » . وقوله تعالى : « ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » .

فمخالعة الاب ، او الوصي او السلطان عن صغيرة او كبيرة كسب على غيره وهذا لا يجوز . واستحلال الزوج مالها بغير رضاها منها اكل مال الباطل وهو حرام . وعند الحنابلة روايتان^(٣) : — جاء في الانصاف : وقيل : لا يصح من الاجنبي اذا قلنا انه فسخ .

وقيل : لا يصح مطلقاً . ذكره في الرعايتين .

(١) على الصحيح من المذهب ان الخلع فسخ وليس بطلاق .

(٢) الانصاف ٨ / ٣٨٩ .

وقال : وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها - هذا المذهب . وعليه اكثر الاصحاب^(١) .

وجاء في المغني^(٢) : وليس لولي هؤلاء (المحجور عليهم) المتخالة بشيء من مالهن لأنه إنما يملك التصرف بمالها فيه الحظ وهذا لاحظ فيه بل فيه اسقاط^(٣) .

اما عند الجعفرية فلا يجوز الخلع من غير الزوجة الا باذنها فاذا لم تأذن لا يصح خلع الاجنبي ولياً كان او غيره .

جاء في الروضة البهية^(٤) : وفي صحته من المتبرع بالبذل من ماله قولان : اقربهما المنع لان الخلع من عقود المعاوضات فلا يجوز لزوم العوض اغير صاحب المعوض كالبيع ، ولانه تعالى اضاف الفدية اليها في قوله : فلا جناح عليهما فيما اقتدت به .

وقالوا^(٥) : « لا يصح خلع الاجنبي . ولا يجب عليه ان يدفع شيئاً . ويصح ان يضمن الاجنبي الفدية باذنها فيقول للزوج طلقها بكذا وعلى ضمان المبلغ بعد ان تأذن هي بذلك . فان طلق على هذا الشرط وجب على الضامن ان يدفع المبلغ للمطلق ويرجع به على المطلقة . »

وقال الزيدية في المنتزع المختار^(٦) : وحكي في الكافي عن القاسم والهادي والناصر ان عوض الخلع لا يصح من غير الزوجة بل يقع الطلاق رجعيّاً ويرد العوض على الذي اخذ منه .

. . .

(١) المرجع السابق ٣٨٨/٨ .

(٢) المغني ١٩٥/٨ .

(٣) قد يفهم من قوله من مالهن انه يجوز الخلع اذا كان من مال الاب او الولي وقد ذكرنا ان المذهب عندنا على ان الخلع فسخ ولا يجوز الطلع الا من الزوجين اما على الرواية التي تقول ان الخلع طلاق ففيها كلام .

(٤) الروضة البهية ١٦٤/٢ .

(٥) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٥٧ .

(٦) المنتزع المختار ٤٣٧/٢ .

ثانياً - من قال انه يجوز الخلع من الاجنبي :

قالوا يجوز الخلع من الاجنبي سواء اكان ولياً ام لم يكن وسواء اكانت

الزوجة صغيرة او مجنونة او كانت كبيرة بالغة راشدة .

ولما كانت احكام المخالعة من الاجنبي متداخلة حتى أن الشافعي لا يفرق بين خلع الأجنبي و خلع ولي الزوجة^(٢) في جميع الفروع . وبعض المذاهب فرق في بعض المسائل فقد قسمت البحث الى خلع غير الزوجة على الكبيرة سواء اكان اجنبياً عنها ام ولياً لها و خلع الولي على من له الولاية عليها .

خلع الاجنبي^(١) :

اذا خالع اجنبي عن الزوجة ولم يكن وكيلاً عنها ولا ذا ولاية صح الخلع في هذه المذاهب .

وهما اني اورد نصاً للشافعية فيه بعض التعليل لمذهبهم : -

قال في مغني المحتاج^(٣) : ويصح اختلاع اجنبي مطلق التصرف بلفظ خلع او طلاق وان كرهت الزوجة ، ذلك لان الطلاق بما يستقل به الزوج ، والأجنبي مستقل بالالتزام ، وله بذل المال ، والتزامه فداء . لان الله تعالى سمى فداء فجاز كفداء الاسير ، وقد يكون للاجنبي فيه غرض ديني بأن يراها لا يقيم ان حدود الله ، أو يجتمعان على محرم ، والتفريق بينهما ينقذهما من ذلك فيفعل طلباً للثواب .

(١) اقصد بذلك من ليس له ولاية على الزوجة سواء اكان وليها ام لم يكن كذلك .

(٢) جاء في مغني المحتاج ٢٧٧/٣ وابوها كاجنبي فيما ذكر فيختلع لها بما له اي يجوز له ذلك صغيرة كانت او كبيرة .

(٣) المصدر السابق ٢٧٦/٢ .

وأختلاع الاجنبي كأختلاع الزوجة في جميع الاحكام .
 واما عند الاحناف فقد جاء في البحر الرائق نقلاً عن البرازيه ^(١) :
 اذا خلعها ابوها او اجنبي باذنها جاز ، والمال عليها ، وان كان بلا اذنها لم تجز ،
 وتراجع بالصداق على الزوج . والزوج على الاب ان ضمن الاب وان لم يضمن فالخلع
 يتوقف على قبولها ، ان قبلت . ثم الخلع في حق المال وهذا دليل على ان الطلاق
 واقع . وقيل انه لا يقع الطلاق ههنا الا باجازتها .

وقال الزيدية في التاج المذهب ^(٢) : واذا قال الغير طلقها على الف منى أو على مهرها
 صح ولزمه ذلك .

عوض الخلع ^(٣) :

اذا خالع الاجنبي فاما ان يضيف بدل الخلع الى نفسه واما لا يفعل ذلك .
 (١) فان اضاف بدل الخلع الى نفسه : صح الخلع ووقع الطلاق والتزم
 بالمال ولا يحق له الرجوع على الزوجة لانه متبوع .

(٢) اما اذا لم يصدر منه ذلك :

آ - فان لم يصف البدل الى احد :

قال المالكية والشافعية ان هذا في حكم ما لو ضمن المال . فيصح الخلع
 ويلزم المال وقال الاحناف لا يكون ضامناً بل يتوقف الخلع على قبول
 الزوجة . فاذا قبلت صح الخلع ولزمها المال .
 اما وقوع الطلاق ففيه قولان : قيل يقع وقيل لا يقع .

(١) البحر الرائق ٩٧/٤ .

(٢) التاج المذهب ١٨٠/٢ .

(٣) قرق الزواج ١٥٧ .

ب — وأما إذا أضاف البذل الى غيره : فتوقف صحة الخلع على إجازة
من أضاف البذل اليه فان إجازته صح الخلع ونفذ وان لم يجزه لم يصح .
وقال الحنابلة الذين قالوا ان الخلع طلاق : اذا اضاف البذل الى مال
الزوجة فلا يصح الخلع .

وقال الاباضية^(١) : ومن قال لرجل ابرأتك من صداق امرأتك فلانه
سواء قال على الفداء ام لا ۝ لكن الزوج قبل على الفداء فقبل ذلك منه بدلاً
طلقت فان اجازت لزمها وكان الصداق له بالفداء ولا يقع عليه الا طلاق
واحد . ولزمه الطلاق وان لم تجز .

* * *

(١) شرح النيل ٤٨٣/٣ .

خلع الولي

يشترط في الزوجة المخالعة ان تكون اهلاً لتصرف المالي^(١) : اما اذا لم تكن كذلك فينبوب عنها وليها المالي في المخالعة .

خلع المجنونة^(٢) : والصغيرة^(٣) : والسفينة^(٤) :

يرى الشافعية والزيدية والحنابلة^(٥) - ان خلع المجنونة والصغيرة باطل مطلقاً لأن بذل العوض تبرع . ولا تصح تصرفات المجنونة ولا الصغيرة حتى يصح تبرعها .

اما خلع السفينة عند الشافعية والحنابلة على القول بأنه طلاق : فهو صحيح ولكن لا يلتزم بالمال سواء اذن لها وليها ام لم يأذن . ويقع الطلاق رجعيّاً . لان الخلع بدون عوض يعتبر عند الشافعية طلاقاً رجعيّاً بإقدام الزوج على مخالعة زوجته السفينة وهو يعلم انها لا تلتزم بدفع

(١) سن الرشد كما جاء في قانون الولاية على المال المصري في المادة ١٨ هو ٢١ سنة ميلادية .

(٢) عرف القانون فاقد التمييز م ٤٥ لا يكون اهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن او عته او جنون .

(٣) مفتي المحتاج ٣/٢٦٤ بداية المجتهد ٢/٤١ المبسوط ٦/١٨٠ البحر الرائق ٤/١٨٠ المفتي ٨/١٩٥ الانصاف ٨/٣٩١ مختصر المزي ٤/٥٠ المنتزع المختار ٢/٤٣٥ .

(٤) السفه كما عرفه الدكتور مذكور في كتابه مباحث الحكم عند الاصوليين ص ٣٠٨ عبارة عن التصرف بالمال بخلاف مقتضى الشرع والعقل بالتبذير فيه والاسراف مع قيام حقيقة الفعل .

(٥) هذا عند الحنابلة على الصحيح اما على الرواية التي تقول بأن الخلع طلاق فيقع في هذه الحالة طلاقاً رجعيّاً .

المال يعتبر كأنه خالعه بدون عوض^(١) هذا اذا كان بعد الدخول أما قبل الدخول فيعتبر بائناً .

مذهب الاحناف :

ان خلع المجنونة والصغيرة غير المميّزة باطل ولا يقع به طلاق .
اما الصغيرة المميّزة والسفينة التي تعقل معنى النكاح والطلاق اي تفهم ان النكاح عبارة عن اجتماع رجل وامرأة وان الطلاق فراقهما عن بعضهما قالوا يقع الطلاق بالخلع ولكن لا يلزمها المال لانها ليست من اهل التبوع .
اما لو باشر الخلع عنها وليها :

فان كان البديل من مالها لم يجب المال وفي وقوع الطلاق روايتان : -

- (١) الاصح ان الطلاق يقع لانه معلق على قبول الولي وقد قبل .
- (٢) والرواية الثانية انه لا يقع لان الزوج انما علق طلاقه على استحقاق المال فاذا لم يتحقق اختل الرضا فيجب الا يقع .
- ٢ - اما اذا كان البديل من مال الولي فالخلع صحيح والبديل لازم .
ولا رجوع للولي على الزوجة لانه متبوع^(٢)

(١) جاء في معني المحتاج ٣/٢٦٤ وان خالع بعد الدخول سفينة بلفظ الخلع طلقت رجعيّاً ولغا ذكر المال لانها ليست من اهل التزامه وان اذن لها الولي . وليس لوليها صرف مالها في مثل ذلك .

(٢) جاء في الفتاوى المهدية ١/١٥٢ - فتوى : في رجل باعه ان ابنته حاصل لها ضرر من زوجها فتوجه اليه وطلب طلاق ابنته وخلاصها من الضرر فامتنع الزوج فأبرأه من مؤخر صداقها وغيره مما هو في ذمته والتزم الاب بذلك فطلقها في نظير ذلك فهل يقع بائناً ؟... ج : نعم يقع في مقابلة الوض طلاق بائن . ولا يسقط حق الزوجة اذا لم يكن بأمرها او اجازتها ولها المطالبة به على الزوج او الاب . فان رجعت بما ذكر على الزوج يكون له الرجوع بما يؤديه على الاب الملتزم .

مذهب الزيدية^(١) :

ولا يصح الخلع من ولي مال الصغيرة الا اذا كان لها فيه مصلحة ولا يصح مع المصلحة الا اذا كان العوض من غيرها لعدم اعتبار نشوزها قبل التكليف .
فاذا خالع عن الصغيرة أبوها بمهرها لزمه لها ذلك سواء صح ام لا . ويكون الطلاق خلعاً لانه يصح العوض فيه من الغير والمرأة ان تطالب الزوج بمهرها او يرجع الزوج بالمهر على أبيها .

مذهب المالكية^(٢) :

ان خلع الصغيرة والمجنونة غير جائز . ويفرق المالكية بين حالين :
(١) اذا لم يعلق صيغة الخلع على استحقاق المال فيقع الطلاق وعليه رد المال ان قبضه .

(٢) أما اذا علق الخلع على استحقاقه المال فلا يقع الطلاق ولا يجب المال .
اذا خالع الاب عن ابنته الصغيرة او السفينة : فلو كانت في سن تجبر ميثلاتها على الزواج بولاية ابيهم ، فالخلع صحيح سواء اكان من ماله او من مالها ، وسواء كان باذنها ام بدون اذنها^(٣) .

اما السفينة التي ليس له عليها ولاية اجبار : (١) فاذا كان العوض من ماله فيجوز الخلع ولو لم يكن باذنها . (٢) اما اذا لم تأذن له وخالعها من مالها ففي ذلك قولان عند المالكية قيل لا يجوز وقيل يجوز ويقع الطلاق رجعيّاً . والى هذا ذهب الشافعية .

(١) التاج المذهب ١٧٦/٢ .

(٢) بداية المجتهد ١/٢ ، وقال مالك : يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها .

(٣) ان غير الاب من الاولياء ليس له حق الخالعة الا بأذن الزوجة .

مذهب الشافعية^(١) :

ولا يجوز خلع المجنونة ولا الصغيرة غير المميّزة . أما الصغيرة المميّزة ففيه خلاف .

وأما السفينة المحجور عليها فلا يصح الخلع عليها ويقع الطلاق رجعيّاً بدون مال . والسفينة بعد الرشد وقبل الحجر يصح تصرفها على الأصح^(٢) .

مذهب الإباضية^(٣) :

جاء في شرح النيل : وإن افتدى لطفلة أو مجنونة أبوها به أي بالصدّق أو خالع عليها ببعضه فلم تجزّه بعد البلوغ أو الأفاقة أخذته من زوجها ورجع الزوج به على الأب .

(١) مغني المحتاج ٣/ ٢٦٤ .

(٢) الام ٥/ ١٨١ .

(٣) شرح النيل ٣/ ٤٨٣ .

المطلب الرابع — هل يشترط ان تكون الزوجة المخالعة

في طهر لا جماع فيه ؟

هل يقع الخلع في كل وقت ؟ .. ام ان له وقتاً مخصوصاً كالطلاق فلا يجوز إلا في وقت طهر الزوجة كما مر في بحث الطلاق المشروع ؟ ..
اختلف الفقهاء في الخلع وكان من البديهي ان نقول كل ما قيل في الطلاق يقال في الخلع قياساً ، لولا ان الآراء اختلفت قليلاً فبعض من قال أن الطلاق في الحيض لا يقع قال أن الخلع في الحيض صحيح وبعض من قال أن الطلاق في الحيض بدعي قال ان الخلع في الحيض غير بدعي ولهذا اختلف الرأي .
وهانحن نذكر مجمل الآراء في الموضوع .

١ — من قال انه لا يصح الخلع في الحيض :

قال الجعفرية أن الخلع في الحيض او في طهر مسها فيه لا يقع لأنه طلاق .
والطلاق في هذه الحالة لا يقع .

جاء في المختصر النافع^(١) : يشترط في المختلة مع الدخول : الطهر الذي لم يجامعها فيه .

وفي الاستبصار في باب الخلع^(٢) : ولا يكون الا على موضع الطلاق اما طاهر أو اما حاملاً بشهود .
وجاء في جواهر الكلام^(٣) ان الخلع لا يكون الا على طهر .

(١) المختصر النافع ٢٢٧ .

(٢) الاستبصار ٣/٣١٧ .

(٣) جواهر الكلام ٥/٣٦٠ .

وقال في السرائر^(١): والخلع لا يقع الا ان تكون المرأة طاهرة
طهر لم يقربها فيه بجماع، او يكون غير مدخول بها او يكون غائبا عنها زوجها.
والخلاصة: فقد^(٢) اشترط الامامية في المختلعة جميع ما اشترطوه في
في المطلقة من كونها في طهر لم يواقعها فيه اذا كانت مدخولاً بها وغير آيسة
ولاحامل ولا صغيرة دون التسع.

٢ - من قال انه بدعي :

وقال الاباضية: ان الخلع في الحيض بدعي لا يجوز.
جاء في شرح النيل^(٣): وسنّ الفداء كالطلاق واحداً في طهر لم تمس فيه
وغير ذلك فداء بدعة.

وجاء في الديوان^(٤): من أراد الفداء من فاشرة فليصبر حتى تحيض ثم تطهر
فيفادها بلا أضرار ولا استئقال لمكانها ولا ظلم لها ولا حرص على فراقها ولا
ملك لجماعها فهذا هو الذي يجوز له ان يأخذ منها ما أعطاها.

وقال الزيدية: ان الخلع في الحيض بدعي.

جاء في البحر الزخار^(٥) وتدخله السنة والبدعة كالمطلق.

وقال في الروض النضير^(٦): وتدخل السنة والبدعة كالطلاق الحالي عن العوض.

(١) السرائر ٣٥٠.

(٢) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٦١.

(٣) شرح النيل ٥٥٦/٣.

(٤) المصدر السابق ٥٠٠/٣.

(٥) البحر الزخار ١٧٩/٣.

(٦) الروض النضير ١٦٦/٤.

واختلف الاحناف في كراهية الخلع اثناء الحيض .
قال القدوري^(١) : والخلع في حالة الحيض مكروه في رواية الزيادات . وفي
المنتقى لا بأس به في حالة الحيض اذا رأى منها ما يكره .

وقال الشلبي على الكنز^(٢) : روى عن ابي حنيفة لا يكره حالة الحيض .
ونقل ابن عابدين عن المحيط ان الخلع لا يكره في حالة الحيض بالاجماع^(٣) .

٣ — واختلف فريق آخر من الفقهاء اختلفهم حول ماهية الخلع فمن
قال انه فسخ قال لابدعة في الخلع . ومن قال انه طلاق قال ان الخلع في
الحيض بدعي^(٤) .

وفرق الشافعية في الخلع بين ان يكون بين الزوجين فقالوا ان الخلع في
الحيض لابدعة فيه ، أما اذا كان الخلع مع اجنبي فتدخله البدعة والسنة . وهو
تفريق حسن مبني على ان الخلع بين الزوجين تم بالتراضي فلا مجال للتأجيل
حتى الطهر .

اما في حال خلع الأجنبية فقد تكون في حالة الحيض بحالة تشابه علمتها منع
الطلاق في الحيض تماماً .

قال في نهاية المحتاج^(٥) : ويجوز خلعها في الحيض لاخلع اجنبي في الاصح .

(١) مختصر القدوري ٣٣/٢ .

(٢) تبين الحقائق الزيلعي ١٩١/٣ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٤٢٨/٢ .

(٤) يقول ابن تيمية في فتاويه ٥/٣٠٥ : أجاز أكثر العلماء الخلع في الحيض لانه على قول فقهاء
الحديث ليس بطلاق بل فرقة بائنة . وهو في أحد قولهم تستبرأ بحيضه لاعدة عليها ولانها تمكث
نفسها بالاختلاع فلها فائدة في تعجيل الابانة لدفع الشر الذي بينها بخلاف الطلاق الرجعي فانه
لا فائدة في تعجيله قبل وقته بل ذلك شر بلا خير .

(٥) نهاية المحتاج ١٠٩/٦ .

أما الموطوءة في الطهر فهو وإن كان بدعيّاً إلا أنه يحل خلعها، وقيل بحرم.
لأن المنع هنا لرعاية الولد فلم يؤثر فيه الرضا بخلافه .
وذكر المزني في مختصره : « أن الخلع جائز في الحيض لأنه صلى الله
عليه وسلم لم يسأل امرأة ثابت بن قيس حين خالعهما من زوجها^(١) .
واختلف المالكية في الخلع هل يدخله بدعة أم لا نظراً لاختلافهم في
علة منع الطلاق في الحيض .
فمن قال أن علة المنع هي لعدم تطويل العدة أي هي حق المرأة قال أنه
لابدعة في الخلع لأن الخلع تم برضاها .
ومن قال أن علة المنع هي للتعبد قال أن الخلع في الحيض لا يجوز لأنه
بدعة ولا اثر لرضا الزوجة في الموضوع .
قال الحرشي^(٢) من قال أن علة منع الطلاق في الحيض هي للتعبد ، منعه
الخلع في الحيض وإن رضيت المرأة لأن الحق لها ولأنها أعطيت عليه مالا ويلزم
عليه أن يجبر المطلق على أن يراجعها وإن لم تقم المرأة بذلك .
وقال الحنابلة أن منع الطلاق في الحيض كان لمنع الضرر عن المرأة ومادام
الخلع تم برضا الزوجين وبعد أن وافقت الزوجة فلا ضرر عليها .
جاء في المغني^(٣) : « لأبأس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه لأن
المنع من الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة والخلع
لازالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك
اعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع اعلامها بإدناهما . ولذلك لم يسأل النبي
صلى الله عليه وسلم المتعلقة عن حالها^(٤) » ولأن ضرر تطويل العدة عليها والخلع

(١) مختصر المزني ٥١/٤ .

(٢) شرح الحرشي ١٦٩/٣ .

(٣) المغني ١٧٤/٨ .

(٤) يقول ابن حجر في فتح الباري ٣٢١/٩ : لكن يجوز أن يكون ترك ذلك لسبق

العلم به أو كان قبل تقريره فلا دلالة فيه أن ينحصر من منع طلاق الحائض .

يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه .
وقال في كشف القناع ^(١) : لا بأس به في الحيض والطمهر الذي اصابها فيه
اذا كان بسؤالها .

اما ابن تيمية فقد ذهب منحنى آخر فقال بأن الخلع ليس مكروها في
الأصل كالطلاق ولهذا أبيح في حالة الحيض .

قال ابن تيمية ^(٢) : « وليس هو من الطلاق المكروه في الأصل . ولهذا
يباح في الحيض بخلاف الطلاق » .

الاشهاد في الخلع :

هل يشترط الاشهاد في الخلع ؟ .. ام لا يشترط ذلك باعتبار أنه
ايجاب وقبول ؟ ..

لم اجد - فيما اطلعت عليه - من اشترط ذلك إلا الامامية الجعفرية حيث
قالوا : لا يصح الخلع إلا امام شاهدين .

جاء في جواهر الكلام ^(٣) ويشترط ان يكون امام شاهدين يسمعان صيغة
الايجاب والقبول .

وفي رأينا أن الخاتمة اذا تمت امام القاضي أو بناء على قرار الحكمين ينوب
هذا مناب الأشهاد الذي شرع للتوثيق والتروي .

• • •

(١) كشف القناع ١٦٨/٥ وقال شارح الاقتناع : لانها رضيت بادخال ضرر تطويل
العدة على نفسها .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٣/٦٣ .

(٣) جواهر الكلام ٥/٣٦١ .

الفرع الرابع

العوض

سنبحث في هذا الفرع ثلاثة أمور :

١ - مشروعية أخذ العوض على الطلاق .

٢ - مقدار هذا العوض .

٣ - نوع العوض الذي يتم به الخلع .

المطلب الاول - مشروعية اخذ العوض

جاء تشريع الخلع في القرآن الكريم بقوله تعالى : « ولا يجمل لكم أن تأخذوا مما أنتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » .

لا خلاف بين المسلمين على من أراد أن يخالع امرأة على عوض فذلك جائز له ، إذا خيف عدم إقامة حدود الله بينهما . أي إذا لم يراع أحد الزوجين ما أوجبه الله عليه من واجبات نحو زوجة الآخر ^(١) .

أما الخلاف بين الفقهاء فهو حول جواز أخذ المال من الزوجة هل هو مشروط أم غير مشروط ؟

(١) قلنا في بحث مصادر الخلع ان هناك من ادعى نسخ الخلع ولكن لم يتابع احد هذا الرأي فلا عبرة به .

قال بعض الفقهاء أن أخذ المال مشروط بوجود الشقاق بين الزوجين أي حين الخوف من عدم إقامة حدود الله . وحدود الله بين الزوجين هي ما فرضته الشريعة الإسلامية على كل منها نحو شريكه الآخر وذلك بقوله تعالى : « إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله » .

وقال بعضهم أن هذا وإن ذكر في القرآن الكريم ولكن ليس على سبيل الشرط بل على أنه الغالب من الأمر (١) .

والذين قالوا يشترط الشقاق اختلفوا فيما بينهم هل هذا يجب أن يكون من أحد الزوجين أم من كليهما . وإذا لم يكن كذلك فهل يصح الخلع ويقع الطلاق رجعيًا غير بائن أم أن الخلع في هذه الحالة غير صحيح والزوجة قائمة دون طلاق . سأذكر هنا حجج من اشتد وجود الشقاق لجواز الخلع وأخذ الزوج المال ثم أذكر شرطين من الشروط التي وضعها الفقهاء في الخلع وهي : شرط الكراهية من الزوجة . وشرط عدم المضارة من الزوج .

١ - شرط الشقاق والغلاف بين الزوجين لجواز الخلع :

قال الجمهور : لو خالع الرجل زوجته والاخلاق ملتزمة صح الخلع ولكن ذلك مكروه ودليل ذلك :

١ - قوله تعالى : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » فهذا صريح باباحة وطيبة أخذ المال من الزوجة إذا كان ذلك برضاها دون أن يكون هناك أي شرط من وجود شقاق أو خلاف أو غيره (٢) .

٢ - وقالوا إذا جاز للزوج أن يأخذ المال من زوجته على طلاقها في حال الشقاق والنزاع وهي غالباً الحالة التي تكون فيها مضطرة للخلاص من زوجها أفلا يجوز للزوج أن يأخذ من مالها لطلاقها وهي في حالة الرضاء والاخلاق ملتزمة .

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/٦٦ ؛ أحكام القرآن لابن العربي ١/١٩٣ .

(٢) تفسير الرازي ٢/٣٧٥ .

وقال الزيدية والظاهرية والجعفرية :

لا يجوز للزوج أخذ المال إلا بوجود الشقاق، واستدلوا :

(١) ان الأصل عدم حل أخذ مال الغير إلا بحق وفي موضوع الخلع حرم الله ذلك وإباحه في وضع معين حيث قال : « الا أن يخافا الا يقيما حدود الله بعد أن ذكر التحريم بقوله : « ولا يحل لكم... » ولم يكتف القرآن بذلك بل هدد من يخالف هذه الاحكام بقوله : « تلك حدود الله فلا تعتدوها .. »

(٢) وقوله تعالى : « فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا .. » استلطف الله ايضاً وجود الشقاق بين الزوجين لبعث الحكمين للمصلح أو التفريق . فاذا ما فرق فقد يحكم بعوض على الزوجة تدفعه لزوجها ولهذا استلطف الشقاق .

(٣) ان السنة النبوية بينت احكام الخلع في حادثة ثابت بن قيس اثر شكوى امرأة زوجها من سوء معاملتها فدل على أن مشروعية الخلع كانت بعد ان وجد الخلاف والشقاق بين الزوجين .

وردوا على جميع الجمهور بقولهم :

١ - أما قوله تعالى : فان طبن لكم . . فهذا في غير موضوع الخلع فلا علاقة له بما نحن فيه . انما ورد فيما اذا تركت الزوجة مهرها لزوجها بطيبة من نفسها والزوجة قائمة لاحين انفصلهما فالقياس مع الفارق .

٢- وأما قولهم انه لما جاز في حال الشقاق أخذ مالها فيجب ان يجوز في حال الرضا بالأولى فغير صحيح . لأن الله نص في الخلع على اخذ المال مع الحظر بقوله : وان أردتم استبدال . . وقوله : ولا يحل لكم . . ونص على الاباحة في محل آخر وفي موضوع آخر وهو قوله : فان طبن . . .

قال الجصاص : فقول القائل لما جاز أن يأخذ مالها بطيبة من نفسها من غير خلع جاز في الخلع ، قول مخالف لنص الكتاب ^(١) .

(١) احكام القرآن للجصاص ١/٤٦٦ .

٢ - شرط الكراهية من الزوجة :

وسنبحث الآن شرط الكراهية من الزوجة فقد ذهب فريق كبير من الفقهاء الى انه لا يجوز الخلع الا بوجود الكراهية من الزوجة لئلا يتخذ الأزواج ظلم زوجاتهم ذريعة لسلب أموالهم حتى تفقدي الزوجة نفسها بما تملك . وقد يرد على هذا الشرط ان الله تعالى لم يخص المرأة بذلك بل قاله الا أن يخافا الا يقيما حدود الله « فالخوف من عدم اقامة حدود الله ليس من الزوجة فحسب بل من الزوجين .

وقد أجاب الطبري على ذلك احسن جواب فقال : ان الزوجة حين تكره زوجها تقصر في أداء واجباتها ففي هذه الحال يخشى من الزوج أن يقابل اساءتها بنفور وكراهية مثلها .

وهنا جاء أمر الشارع فأوجب على المسلمين التدخل للصالح بينها . فاما اذا كان التفريط من كل واحد منها في واجب حق صاحبه قد وجد وسوء الصحبة والعشرة قد ظهر للمسلمين فليس هناك للخوف موضع ، اذ كان الخوف قد وجد . وانما يخاف وقوع الشيء قبل حدوثه فأما بعد حدوثه فلاوجه للخوف منه ولا الزيادة في مكروهه ^(١) . .

وأما اراء المذاهب فقد ذهب جمهور الفقهاء الى عدم اشتراط الكراهية من الزوجة بصحة الخلع وخالف في ذلك بعض المذاهب :

١ - قال الظاهرية والزيدية والجعفرية : اذا خالع الزوج زوجته ولم تكن كارهة له أو ناشزة فالخلع باطل لانه لا يجوز أخذ مال الغير بدون حق ، والله حين أباح الخلع وأخذ الفدية انما اباحه بشرط ان تكون الزوجة ناشزة أو كارهه

(١) تفسير الطبري ٥٦٢/٨ ويفسر الآية بقوله : فان خفتم ايها المؤمنون ان لا يقيم الزوجان ما حد الله لكل واحد منها على صاحبه من حق والزوه به من فرض ، وخشيت عليها تضييع فرض الله وتعدى حدوده في ذلك فلا جناح حينئذ عليها فيما افترت به المرأة نفسها من زوجها .

فإذا فعل ذلك وجب عليه رد المال الى زوجته .
ولكن اختلف الظاهرية عن الزيدية والجعفرية في وقوع الطلاق .
قال الظاهرية لا يقع والزوجية على حالها .
وقال الجعفرية والزيدية يقع الطلاق رجعياً .

الظاهرية :

جاء في المحلى ^(١) : « فان وقع بغيرهما ، اذا خافت ان لا توفيه حقه او خافت ان يبغضها فلا يوفيه حقه فهو باطل ويرد عليها ما أخذ منها وهي امرأته كما كانت ويبطل طلاقه ويمنع من ظلمها » .

وروى ابن حزم عن طريق عبد الرزاق عن معمر عن الزهري : « لا يحل له أخذ شيء من الفدية حتى يكون النشوز من قبلها . ان تظهر له البغضاء وتسيء عشرته وتعصي أمره ... »

الجعفرية :

اما الجعفرية فقالوا في اللمعة الدمشقية ^(٢) : « ولا يصح الخلع الا مع كراهيتها فلو طاقها ولم تكرهه بطل البذل ووقع الطلاق رجعياً » .

وقال شارح اللمعة في الروضة البهية ^(٣) : « فلو طلقها والاخلاق ملتصمة بطل البذل ووقع رجعياً » .

(١) المحلى ١٠/٢٣٥ .

(٢) اللمعة الدمشقية ١٦٥/٢ .

(٣) الروضة البهية ١٦٥/٢ .

ومن الجدير بالذكر ان اشير الى ان الطلاق يقع رجعياً بمعنى انه يأخذ حكم الطلاق كما لو كان بدون مال بمعنى انه لو كان قبل الدخول او كانت الطلقة الثالثة لكان بائناً بدون خلاف .

ومثل ذلك جاء في المختصر النافع^(١) لو خالها والاخلاق ملتزمة لم يصح ، ولم يملك الفدية .

وجاء في جواهر الكلام^(٢) لو خالها والاخلاق ملتزمة اي لا كراهية بينهما لم يصح الخلع ولا يملك الفدية بلاخلاف ولا اشكال^(٣) .

الزيدية :

وقال الزيدية في المنتزع المختار^(٤) : لا يصح الخلع الا بشرطين : ثانيهما أن تكون ناشئة عن شيء مما يلزمها له من فعل او ترك . ومن النشوز أن تؤذيه بلسانها بشتم او غيره .

وقال بعض الزيدية : يصح الخلع بتراضيها ولو لم يكن منها نشوز او من غيرها حتى لو كانت صغيرة متى كان العوض من غيرها^(٥) .

وقال في الروض النضير^(٦) : واخذ المال محرم إلا في حال واحدة هي قوله تعالى : «فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما» .

(١) المختصر النافع ص ٢٠٧ .

(٢) جواهر الكلام ٣٦٠/٥ .

(٣) يلاحظ من هذه النصوص ان بعضها يشترط كراهية الزوج وبعضها يشترط الكراهية منها دون تحديد . والصحيح أن الكراهية يجب ان تكون من الزوجية وسبب التفرقة انهم يفرقون بين الخلع والمباراة ولكن الراجح أنه لا فرق بينهما .

قال في السرائر ٣٤٩ : الخلع لا يكون الا بكراهية من جهة المرأة دون الرجل والمباراة تكون الكراهية منها . وقال :

اما اذا كانت الحال بين الزوجين عامرة والاخلاق ملتزمة واتفقا على الخلع فبذل له شيئاً على طلاقها لم يخل ذلك وكان عظوراً لاجماع اصحابنا .

(٤) المنتزع المختار ٣٦/٢ ؛ والشرط الاول هو ان تكون صحيحة التصرف .

(٥) الروضة الندية ٦٢/٢ .

(٦) الروض النضير ١٦٩/٤ .

وقال في التاج المذهب (١) ويشترط لصحة الخلع : ان تكون وقت الخلع ناشزة ولا نشوز مع سوء العشرة من أو أضراره .

وعند الحنابلة : قول للامام احمد يحتمل التحريم اذا لم يكن النشوز من الزوجة فقد جاء في المغنى (٢) :

ويحتمل كلام الامام احمد تحريمه فإنه قال : الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهذا الخلع (٣) .

اما الاباضية : فلم يشترطوا ان تكون الكراهية من الزوجة بل قالوا بوجود النشوز من احدهما لجواز الخلع .

قال في شرح النيل : ولا يجوز لأحدهما الفداء الا بنشوز من الآخر أو بأس (٤) .

وقال ابن حجر من الشافعية (٥) : ان الشقاق اذا حصل من قبل المرأة فقط جاز الخلع والفدية ولا يتقيد ذلك بوجوده منها جميعا وان ذلك يشرع اذا كرهت المرأة عشرة الرجل ولو لم يكرهها ولم ير منها ما يقتضي فراقها ..

• • •

(١) التاج المذهب ١٧٦/٢ .

(٢) المغنى ١٧٤/٨ .

(٣) ولكن جاء في الانصاف ٣٨٣/٨ فان خالته بغير ذلك وقع مع استنقاة الحال -

وهذا المذهب .

(٤) شرح النيل ٤٩٨/٣ .

(٥) فتح الباري ٣٥١/٩ .

٣ - شرط عدم المضارة من الزوج :

لا مجال للبحث في المذاهب التي اشترطت الكراهة من الزوجة في الخلع بحيث لو لم تكن كذلك لكان الخلع باطلاً وهي الظاهرية والزيدية والجعفرية^(١). أما المذاهب التي أجازت الخلع مع الكراهة في حالة عدم نشوز الزوجة اشترطت الا يكون ذلك بتضييق وارهاق الزوج لتفتدي نفسها منه . فهذه المذاهب اختلفت أيضاً في حال عضل الزوج واضراره بالزوجة هل يقع أم لا يقع ؟...

قال الحنابلة : إذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها منه فلا يجوز الخلع وان كان بالتراضي ويقع الطلاق رجعياً ويرد لها ما أخذ منها .

جاء في الانصاف^(٢) : فاما أن عضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجة بحالها . إلا أن يكون طلاقاً فيقع رجعياً^(٣) .

وقال في المغني^(٤) : إذا عضل الرجل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم وتحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود .

(١) اجاز الجعفرية العضل في حال واحدة وهي اذا اتت زوجته بفاحشة وهي الزنا فيجوز العضل لتفتدي نفسها لقوله تعالى : « ولا تمسواهن فتذهبن بيبس ما أتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة » وقيل لا يصح ذلك . الروضة البهية ١٦٦/٢ .

(٢) الانصاف ٣٨٣/٨ .

(٣) في وقوع الطلاق رجعياً أو بائناً خلاف منشأة الخلاف حول وقوع الخلع بدون عوض فن قال ان الخلع بدون عوض يقع بائناً قال هنا يقع بائناً ومن قال يقع رجعياً قال ايضاً هنا يقع رجعياً لأن الخلع في حال العضل ورد المال يأخذ حكم الخلع بدون عوض فليراجع في محله .

(٤) المغني ١٧٨/٨ .

وذهب المالكية لأكثر من ذلك فقالوا إذا تم الخلع وقبض الزوج العوض ثم تبين أن سبب الخلع اضرار الزوج بزوجته أو أن به عيباً يحيز لها طلب الفرقة قالوا يرد عليها ما أخذ منها .

قال الحرشي ^(١) : إذا ادعت المرأة بعد المخالعة أنها ما خالعتها إلا عن ضرر وأقامت بينة سماع على ذلك فإن الزوج يرد ما خالعها به وبانت منه . ولا يشترط في هذه البينة السماع من الثقات . والمقصود بالضرر : الضرر الذي لها التطبيق به . وجاء في المدونة ^(٢) : قلت : أرأيت لو كانت النشوز من قبل المرأة انحل للزوج أن يأخذ منها ما أعطته على الخلع قال : نعم إذا رضيت بذلك ولم يكن في ذلك ضرر منه لها .

وقال القرطبي ^(٣) : وإن كان النشوز من قبل الرجل بأن يضيق عليها ويضرها رد عليها ما أخذ منها .

وقال الدسوقي ^(٤) : وقال عبد الملك : إذا ظهر العيب بالزوج رد ما أخذ منها لأنها كانت مالكة لفراقه .
وجاء في الموطأ ^(٥) :

قال مالك في المفتدية التي تفتدي من زوجها أنه إذا علم أن زوجها أضمر بها وضيق عليها وعلم أنه ظالم لها ، مضى الطلاق ، ورد عليها .

وقال مالك : فهذا الذي كنت اسمع والذي عليه امر الناس عندنا وقال الأحناف : إنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجته وإن يؤذيها تفتدي نفسها منه وإن فعل جاز قضاء ولكن لا يجوز أن يأخذ مما أعطها شيئاً ديانة وكل هذا أيضاً بينه وبين ربه أما في القضاء فالكل جائز .

(١) شرح الحرشي ١٥٨/٣ .

(٢) المدونة ١٧/٥ .

(٣) تفسير القرطبي ١٣٩/٣ .

(٤) حاشية الدسوقي على الدردير ٢٩٠/٢ .

(٥) الموطأ ١٨٥/٣ .

ويبدو لي ان سبب ما ذهب اليه الأحناف رغم ان النهي صريح بقوله تعالى :
« ولا تعضلوهن فتذهبن ما أنتموهن » : ان النهي عندهم لا يقتضي فساد
المنهي عنه اذا كان النهي لا لذات المنهي عنه .

اما الحنابلة فالنهي عندهم يقتضي فساد المنهي عنه ولذلك قالوا ببطالان الخلع في هذه الحالة .
ولهذا فان ابن الهمام وان مال الى رأي الظاهرية في عدم حل أخذ المال في حال عدم
النشوز وان كان برضاها عا د فقال الا ان الخلع صحيح لأن النهي لا يعني الخلع بل الأمر
خارج عنه كالبيع وقت النداء (١) .

قال في البحر الرائق (٢) : ويكره للزوج أخذ شيء منها اذا كان النشوز
من قبله . والمراد بالكراهية كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب . والحق ان
الأخذ في هذه الحالة حرام قطعاً لقوله تعالى « فلا تأخذوا منه شيئاً » ولا يعارضه
الآية الأخرى « فلا جناح عليهما فيما اقتدت به » لأن تلك فيما اذا كان النشوز
من قبله فقط والأخرى فيما اذا خافا الا يقيما حدود الله فليس من قبله فقط
نشوز . على انها لو تعارضت كانت حرمة الأخذ ثابتة بالعمومات القطعية فان الاجماع
على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق .

وفي امساكها لا لرغبة بها بل لضرارها لها وتضييقا ليقطع ماله في مقابلة
خلاصها من الشدة التي هي معه فيها ذلك . وقال تعالى : « ولا تمسكوهن ضرارا
لتعتدوا » . ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » . فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ

(١) فتح القدير ٣/٢٠٣

(٢) البحر الرائق ٤/٨٣ . وقال في المبسوط : الاصل في الخلع ان النشوز اذا كان من
الزوج فلا يحل له ان يأخذ منها شيئاً بازاء الطلاق بقوله تعالى : وان اردتم استبدال زوج
وايتهن احداهن فطارا فلا تأخذوا منه شيئاً . ثم قال هذا ديانة . اما في الحكم فالخلع صحيح
والمال واجب .

مالها فيكون حراماً ، إلا أنه لو أخذ جاز في الحكم وان كان بسبب خبيث ،
 وقال الاباضية ^(١) : ومن تغلب على زوجته فحملها مالا تطيقه من تضييع
 حقوق وضيق معيشة وسوء معاشرة حتى اقتدت منه لم يحل له أخذه فيما عند الله
 وان جاز في الحكم . ولزمه الرد ان تاب . ولها أن تأخذه من ماله خفية .
 وقال صاحب الروضة الندية ^(٢) : اذا اذاها بمنع بعض حقوقها حتى ضجرت
 فاختلعت نفسها فهذا الفعل منه حرام ولكن الخلع نافذ .
 ويبدو لي ان الرجل اذا عضل زوجته ليأخذ منها مالا على طلاقها أمر
 منهي عنه بنص القرآن بقوله تعالى : «ولا تعضلوهن . . . » والنهي يقتضي فساد
 المنهي عنه لدى الحنابلة والمالكية والجعفرية . ولهذا وجب على الزوج ان يرد ما دفعه
 الى زوجته فان لم يفعل فعلى الزوجة أن ترفع امرها الى القضاء وعلى القاضي
 ان يحكم لها بذلك .

. . .

(١) شرح النيل ٤٩٨/٣ .

(٢) الروضة الندية ٥٩/٢ .

المطلب الثاني — مقدار العوض

قلنا ان بعض المذاهب لا تجيز الخلع الا اذا كان النشوز من جانب الزوجة
وأما إذا كان من جانب الزوج فيبطل الخلع ويرد المال ، وفي وقوع الطلاق
خلاف . وقد اجازت بعض المذاهب الخلع ولو كان النشوز من جانب الزوج .
اما فيما يتعلق بمقدار العوض فقد اختلفت الآراء في تحديده .
قال الفخر الرازي (١) : قال بعض لا يجوز ان يأخذ اكثر مما اعطاها . .
وقال آخرون بل دون ما اعطاها .

واما سائر الفقهاء فاتهم جوزوا بالخالعة بالأزيد والأقل والمساوي .
وقال الطبري (٢) : « غير اني اختار للرجل استحباباً بالاحتياط اذا تبين من امراته
ان افتداهها منه لغير معصية لله بل خوفاً منها على دينها ان يفارقها بغير فدية
ولا جعل فان شئت نفسه بذلك ، فلا يبلغ بما يأخذ منها جميع ما أتاها » .
ولهذا فنقسم هذا البحث الى شعبتين :

١ — اذا كان النشوز من جانب الزوجة .

٢ — اذا كان النشوز من جانب الزوج .

أولاً : فاذا كان النشوز من جانب الزوجة فهل يحل للزوج ان يأخذ
منها اكثر مما اعطاها ام لا يجوز ذلك ؟ ...

الفقهاء في هذا الموضوع على ثلاثة أقوال :

(١) لا يجوز أن يأخذ الزوج اكثر مما اعطاها إذا كان النشوز من جانبها .

(٢) يجوز له أن يأخذ أقل أو اكثر مما اعطاها .

(٣) لا يجوز أخذ الزيادة ديانة وتجاوز قضاء .

(١) تفسير الرازي ٣٧٧/٢ .

(٢) تفسير الطبري ٥٨٠/٤ .

١ - قال الزيدية لا يجوز الخلع باكثر مما دفع الزوج لزوجته من مهر وما للزوجة عند زوجها من حقوق نفقة لها ولا اولادها . فلو خالعا على اكثر من ذلك بطلت الزيادة .

جاء في المنتزع المختار ^(١) : « ولا يحل منها اكثر مما لزم بالعقد لها ولا اولادها منه . أي مهرها ونفقتها ونفقة عدتها واجرة تربية الاولاد الصغار ونفقتهم » . وقال في التاج المذهب ^(٢) : « وان كان النشوز من الزوجة فلا يحل للزوج ان يأخذ منها غير تبرع ، اكثر مما لزم عليه وجوباً بعقد النكاح الذي خالعا فيه من مهر ونفقة وكسوة بما هو واجب لها من يوم تزوجها الى يوم الخلع وما لزم لها من نفقة العدة الى يوم انقضائها وكذا ما لزم لها من تربية وحضانة لا اولادها الى سن الاستقلال » .

وقال في الروضة الندية ^(٣) : « ويجوز بالقليل والكثير ما لم يعاوزه ما صار اليها منه » .

٢ - وقال الظاهرية والجعفرية والشافعية والمالكية يجوز ان يأخذ منها اكثر مما أعطاه ما دام ذلك بالتراضي بين الزوجين .

جاء في المحلى ^(٤) : « ولها أن تفقدي بجميع ما تملك » . وجاء في الروضة البهية ^(٥) : « ويجوز ان يأخذ منها زائداً عما وصل اليها منه » . وقال في السرائر ^(٦) : « ويجوز أن يأخذ منها مهر مثلها وزيادة » .

(١) المنتزع المختار ٢/٤٤٢ .

(٢) التاج المذهب ٢/١٨٤ .

(٣) الروضة الندية ٢/٦٠ وقال الشوكاني في تفسير الفتح القدير : وظاهر القرآن جواز

الزيادة على دفعه لعدم تقييده بمقدار معين ١/٢١٣ .

(٤) المحلى ١٠/٢٣٥ .

(٥) الروضة البهية ٢/١٦٦ .

(٦) السرائر ص ٣٤٩ .

وجاء في معنى المحتاج : يصح العوض قليلاً أو كثيراً^(١) .
قال ابن رشد في بداية المجتهد : وجائز عند مالك ان تحتلع بأكثر مما يصير
لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها^(٢) .

وقال مالك في الموطأ : لا بأس بأن تفتدي المرأة من زوجها بأكثر
مما أعطاها^(٣) .

٣ - وقال الأحناف والحنابلة لا يجوز ان يأخذ أكثر مما أعطاها فان فعل
ذلك اثم ديانة والخلع صحيح ولا يرد ما اخذ قضاء لاديانة .
وفي رواية عند الحنابلة عن احمد انه يرد الزيادة .

قال الجصاص : وقال أبو حنيفة وزفر أبو يوسف ومحمد : اذا كان النشوز
من قبلها حل له أن يأخذ منها ما أعطاها ولا يزداد . فان فعل جاز في القضاء^(٤) .
وجاء في الانصاف : ولا يستحب ان يأخذ منها أكثر مما أعطاها . فان فعل
كره . وصح . هذا المذهب . وقال ابو بكر لا يجوز ويرد الزيادة . وهو رواية
عن احمد^(٥) .

ما نراه في تحديد عوض الخلع .

والذي أراه ان قوله تعالى : «ولا يحل لكم ان تأخذوا مما أنتموهن شيئاً
الا أن يخافا الا يقيما حدود الله . » فيه ما يدل على حظر اخذ أكثر مما أعطاها

(٢) معنى المحتاج ٣/٢٦٥ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٤٠ .

(٣) الموطأ ٣/١٨٥ .

(٤) احكام القرآن للجصاص ١/٤٨٤ .

(٥) الإنصاف ٨/٣٩٨ .

ولهذا فيجب تحديد بدل الخلع بما دفعه لها لا أكثر من ذلك لمفهوم الآية الكريمة بقوله تعالى : «مما أتيتموهن ...»

وهناك امر آخر وهو اننا اذا اردنا عدم تحديد مقدار العوض ، تعسف الزوج في عوض الخلع وبذلك لا يتحقق .

ودلينا في هذا قوله صلى الله عليه وسلم لزوجة ثابت بن قيس : اما الزيادة فلا .

وعلى هذا فاننا نرى ان ينص المشرع على تحديد بدل الخلع بمبلغ لا يتجاوز الصداق الذي ساقه الزوج لزوجته للأمور التالية .

١ - لمداول الآية الكريمة : ولا يحل لكم ...

٢ - وللعديث النبوي في قصة ثابت بن قيس ...

٣ - وللمصلحة التي تؤمن تحقيق الخلع بشكل لا يتعسف الزوج في قبوله .

. . .

ثانيا : اما اذا كان النشوز من جانب الزوج والكراهية منه :

ان المذاهب التي لم تجز الخلع الا اذا كان النشوز والكراهية من جانب الزوجة فلا مجال للبحث فيها عن مقدار العوض^(١) .

اما المذاهب الأخرى فقد اختلفت

قال الاحناف : اذا كانت النشوز من جانب الزوج فلا يصح ان يأخذ على خلعها شيئا ابداً اما ان فعل ذلك واخذ بدلاً عن الخلع جاز قضاء واثم ديانة .
قال الجصاص : وان كان النشوز من قبله لم يحل له ان يأخذ منها شيئاً فان فعل جاز في القضاء^(٢) .

(١) يلاحظ في المذهب الجعفري ان الذين فرقوا بين الخلع والمباراة قالوا في الخلع لا يجوز ولا يقع الا اذا كانت الكراهية من الزوجة أما في المباراة فيجوز أن تكون الكراهية منها ويجوز أن يأخذ أكثر من المهر . السرائر ص ٣٤١ .

(٢) احكام القرآن للجصاص ١/٤٦٤-٤٦٧ .

وقال : اذا خلعها على اكثر مما اعطاها او خلعها على مال والنشوز من قبله
ان ذلك جائز في الحكم وان لم يسعه فيما بينه وبين الله تعالى .
وقال الثوري : اذا كان من قبله فلا يحل له ان يأخذ منها شيئاً .
وقال في مجمع الأنهر^(٣) : « وكره تحريماً وقيل تنزيهاً للزوج اخذ شيء من
المهر وان قل لقوله تعالى « فلا تأخذوا منه شيئاً » ان نشز الزوج وكرهها
وبأش أنواع الأذى . وكره اخذ اكثر مما اعطاها من المهر ان نشزت المرأة .
وهنا نرى انه لا يجوز للزوج ان يأخذ في حال نشوزه شيئاً مما اعطاها
والا كان ذلك سبيلاً لارهاق الزوجات في سبيل التخلص من حياتهن الزوجية
بدفع اموالهن لأزواج فسدت اخلاقهم وضاعت ضمائرهم وهذا يخالف مذهب
الاحناف فانهم قالوا لا يجوز ديانة . واي مانع لدى القاضي ان يحكم بالديانة
اليس العمل بالديانة هو الأوفق للمصلحة والاكثر عدالة .



المطلب الثالث — نوع العوض الذي يتم به الخلع

كل ما صح ان يكون مهرأ صح ان يكون بدل خلع بين الزوجين . سواء أ كان قيمياً ام مثلياً او منفعة مقدراً بمال^(١) . واذا ما فسد عوض الخلع انقلب الى خلع بدون عوض فيأخذ حكمه .

ولا خلاف بين الفقهاء في انه يجوز ان يكون بدل الخلع نفقة الزوجة على زوجها او نفقة ولدها الصغير أو أجره حضائنه على ان تكون المدة محددة معلومة^(٢)

فاذا لم تقم الزوجة بالانفاق على ولدها في المدة المقررة او مات خلالها يعود الزوج على زوجته بالنفقة عن المدة المتبقية في ذمتها^(٣) وكذلك لو أعسرت بالانفاق على طفلها تعود على زوجها بالنفقة وذلك لمصلحة الصغير^(٤)

(١) المال في الاصطلاح الفقهي كل ما يمكن تملكه وادخاره لوقت الحاجة . تاريخ التشريع الاسلامي للدكتور محمد سلام مذكور ص ٢٧٦ ط ١٩٥٩ .

(٢) جاء في الفتاوي المهدية ٣٧٩/١ سئل في امرأة أبرأت زوجها وتحملت نفقة اولادها منه وارضاعهم في نظير طلاقها على طلاقه بائنة فهل يكون لها الرجوع عليه ومطالبته باجرة الحضانة والنفقة حيث لم يقع تعيين لمدة العمل المذكورة . اجاب في التنوير : شرط البراءة من من نفقة الولد ان حددت له وقتاً كسبه صح ولزم وإلا لا .

انظر حكماً لمحكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٤٢/١٠/٢٦

(٣) وخالف بذلك الاباضية فقالوا لا يرجع الوالد على الزوجة بشيء اذا مات الولد .

شرح النيل ٤٨١/٣ .

(٤) جاء في حكم محكمة الجالية الشرقية بمصر : المنصوص عليه شرعاً ان المرأة اذا اختلعت من زوجها برضاع ولدها الذي هي حامل به الى سنتين جاز وعليها اذامات او لم يكن ثمة في بطنها ولد او ماتت هي ، قيمة الرضاع واجرة رضاع سنة اذا مات بعد سنة من تاريخ ولادته الا اذا استئنفت حالة الموت عند اشتراط ذلك فلا تضمن . المحاماه الشرعية س ١٠ ع ٤ ٢٠ نوفمبر ١٩٣٣ ١٢ شبان ١٣٤٢ هـ .

الخلع على اسقاط حق احد الزوجين في امساك ولده مدة الحضانة :
اذا خالعت الزوجة زوجها على أن تمسك ابنتها بعد تجاوزه سن الحضانة الى
أن يبلغ الحلم او اتفق على ان تسقط الزوجة حقها لزوجها في امساك الطفل
فهل يجوز الخلع وبصح الشرط ?? .

اختلف الفقهاء في هذا الشرط وسبب الخلاف في نظري يعود الى حق
الحضانة نفسه هل هو حق خاص للحاضنة يسقط بالاسقاط بحيث يجوز لها التنازل
عنه ام هو حق للطفل تلزم به الأم او الوالد ولا يجوز لأحدهما التنازل
للآخر عنه ؟ ..

ذهب الاحناف الى ان حق الحضانة هو حق الطفل لايمك احد الأبوين
التنازل عنه فاذا تحالعا على ذلك صح الخلع وبطل الشرط .
جاء في المبسوط (١) :

لا يجوز الخلع على أن تنازل عن حضانة ولدها لأبيه لأن هذا حق للولد .
وبقاؤه عند امه انفع له . ولهذا لو تزوجت شخصاً آخر عاد الى ابيه لأنها تشغل
بخدمة زوجها الثاني . وطالما انه حق للولد فليس لها ان تبطله بالشرط فاذا
خالعته على ان تترك الولد عنده فالخلع جائز والشرط باطل (٢)

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية (٣) : اذا اختلعت المرأة من زوجها
على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل اذ ان الأم
تكون أحق بالولد لحق الولد فان حكون الولد عندها انفع له . . . واذا
ثبت ان هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بالشرط .

(٢) المبسوط ١٦٩/٦ .

(٣) هذا بخلاف ماذا اختلعت على امساك ابنتها عندها الى ان تبلغ الحلم . فان ذلك صحيح
لان من الفقهاء من جعل للام هذا كله . فرق الزواج الشيخ علي الحنيف ص ١٧٦ .

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٨/٣/١٩٥٦ .

جاء في الفتاوى الخيرية : سئل في رجل سأله زوجته أن يطلقها على ارضاع ولدها الذي هي حامل به وعلى امساكه مدة سنين معلومة فطلقها على ذلك هل يلزمها ذلك ويكون حكمه حكم الخلع ؟ .

فأجاب : نعم يلزمها شرعاً فقد صرحوا بصحة الخلع على امساك الولد مدة معلومة وعلى ارضاعه اذا كان رضيعاً وان لم يبين المدة وترضعه حولين^(١) .

المالكية :

اما المالكية فالمعروف عندهم انه يجوز للزوجة أن تتنازل عن الحضانة لزوجها . ولكنني وجدت ان هذا الحق مقيد بعدم الاضرار بالولد لان للولد حقاً في حضنته فاذا تضرر الولد لم يجوز هذا التنازل اتفاقاً .

وقد نص الدردير في شرحه مختصر خليل على ان الخلع يجوز باسقاط حضانة الزوجة للاب وينتقل الحق له .

ولكن الدسوقي قيد ذلك في حاشيته بقوله « هذا مقيد بان لا يخشى على المحضون ضرراً اما بعلوق قلبه بامه أو لكون مكان الام غير حصين والا فلا تسقط الحضانة حينئذ اتفاقاً .

الامامية :

وقال الامامية يجوز للزوجة أو الزوج التنازل عن حضانة ولدهما اذا تم الاتفاق على ذلك لأنه لم يرد نص في وجوب هذا الحق لأحد الابوين دون الآخر^(٢) .

(١) الدردير علي خليل ٤٠٨/٢ .

(٢) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١١٢ .

الفرع الخامس

الخلع لدى القاضي

هل يشترط ان يكون الخلع لدى القاضي ام انه يكفي فيه تراخي الزوجين دون اذنه . اختلف السلف في ذلك .

روى الحسن وابن سيرين : ان الخلع لا يجوز الا عند السلطان .
وقال سعيد بن جبير : لا يكون الخلع حتى يعظها فان اتعظت والا هجرها
فان اتعظت والا ضربها فان اتعظت والا ارتفعوا الى السلطان فيبعث حكما من
اهله وحكما من اهلها فيرويان ما يسمعان الى السلطان فان رأى بعد ذلك ان
يفرق فرق وان رأى ان يجمع جمع .

وروي عن علي وعمر وعثمان وابن عمرو وشريح والزهري . ان الخلع جائز دون السلطان^(١) .

وجمهور الأئمة والفقهاء على ان الخلع يجوز بدون القاضي .
وخالف بذلك بعض الشيعة الجعفرية فقالوا لا بد من اذن القاضي . اما
جمهور الجعفرية فلا يشترطون اذن القاضي ولكنهم قالوا يستحب ذلك .

(١) احكام القرآن للجصاص ٤/٦٨ .

ولهذه آراء جمهور الفقهاء .

جاء في المبسوط^(١) : والخلع جائز عند السلطان وغيره لأنه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض . وللزوج ولاية إيقاع الطلاق . ولها ولاية التزام العوض فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان في هذا العقد .

وقال ابن قدامة : ولا يفتقر الخلع إلى حاكم^(٢) . وقال بعد أن ذكر رأي من اشترط إذن السلطان : ولنا قول عمر وعثمان .

ولأنه معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح . ولأنه قطع عقد بالتراضي أشبه الإقالة .

وروى البيهقي : عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير أن رجلاً خلع امرأته في ولاية عثمان رضي الله عنه عند غير السلطان فأجازه عثمان رضي الله عنه^(٣) .

وقال ابن حزم بعد أن ذكر أقوال الحسن وابن سيرين قال : وهذا كله لا حاجة على تصحيحه^(٤) .

وقال خليل : « وجاز الخلع وهو الطلاق بعوض بلا حاكم^(٥) » .

وقال الطحاوي بعد أن ذكر رأي من اشترط إذن السلطان : أنه شاذ

مخالف لما عليه الجمهور الغفير^(٦) .

وعند الجعفرية قولان : جاء في التهذيب والاستبصار : ولا يكون ذلك

(١) المبسوط ١٧٣/٦ .

(٢) المغني ١٧٤/٨ .

(٣) سنن البيهقي ٣١٥/٧ .

(٤) لمحل ٢٣٧/١٠ .

(٥) حاشية الدسوقي ٤٠٦/٢ .

(٦) الفتح الباري ٣٢٦/٩ .

الا عند السلطان^(١) . ولكنني وجدت نصاً معللاً في كتاب مختلف الشيعة يقول فيه^(٢) : المشهور عند علمائنا : ان الخلع لا يفتقر الى السلطان بل يجوز لغيره . وقال ابن الجنييد : ولا يكون ذلك عند سلطان قيم بأمر المسلمين . ولنا : انه عقد معاوضة فلم يكن من شرط الحاكم كسائر العقود . ولانه طلاق فلا يشترط فيه السلطان .

واحتج : (ابن الجنييد) بما رواه زرارة عن الباقر^(٣) الى ان قال ولا يكون ذلك الا عند سلطان . ولانه تعالى قال : فان خفتهم ألا يقيموا حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به . وهذا خطاب للحاكم والجواب على الاول : بالمثل على الاستحباب . وعن الثاني ان الخطاب مع الأزواج وعلى انه لا يجوز التخصيص للدليل .

ادلة الجمهور :

- ١ - عموم آيات القرآن التي جاءت بحكم الخلع حيث لم تشرط اذن السلطان .
- ٢ - انه قول عمر وعثمان وجمهور الصحابة .
- ٣ - ان الخلع عقد معاوضة فلا يفتقر الا الى التراضي فهو كسائر العقود التي تتم بدون حضور القاضي .
- ٤ - ان الخلع طلاق والرجل يملك هذا الحق بدون اذن احد .

ادلة الآخرين :

ذكر ابن المهام في الفتح القدير انه لم يجد لمن قال بوجوب اذن السلطان

(١) التهذيب ٢/٢٧٦ . والاستبصار ٢/٣١٨ وسند الحديث في الاستبصار . رواه احمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن اسماعيل بن بزيع عن صفوان عن موسى بن بكر عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال .

(٢) مختلف الشيعة ص ٤٤ مخطوط

(٣) يبدو ان ابن الجنييد احتج بالحديث الذي روينه في التهذيب وسنده كما ذكرنا في الاستبصار عن زرارة ..

في الخلع حجة لرأيهم ولكنه استظهر لهم دليلاً فقال : وأما وجه من قال لا بد من اذن الامام فلم أره . ويظهر ان قوله تعالى : « فان خفتم ألا يقيم حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فانه تعالى شرعه مشروطاً بخوف الائمة والحكام اذ هم مخاطبون بقوله تعالى : فان خفتم ، وهذا فرع الترافع اليهم^(١) .

ومعنى قول ابن المهام : وهذا فرع الترافع اليهم . أي لا معنى للترافع اذا لم يكن الاذن ضرورياً ، فلو لم يكن اذن القاضي شرطاً في الخلع لما كان هناك معنى للترافع الذي استلزمه اشتراط خوفه^(٢) .

ولكني وجدت حجة من قال باشتراط اذن السلطان نقلها ابن حجر في الفتح الباري^(٣) وهي ما استظهره ابن المهام .

قال بعد ان ذكر رأي الحسن البصري أنه لا يجوز الخلع دون السلطان قال : واختاره ابو عبيد واستدل بقوله :

١ - قوله تعالى : فان خفتم ألا يقيم حدود الله .

٢ - وبقوله تعالى : وان خفتم شقاق بينهم فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها .

قال : فجعل الخوف لغير الزوجين ولم يقل فان خافا . وقوى ذلك بقراءة حمزة الا أن يخافا (بالضم) قال : والمراد الولاة .

وجاء في معاني القرآن للفراء وهو مخطوط بدار الكتب المصرية : قرأها حمزة على هذا المعنى : « الا أن يخافا » ولا يعجبني ذلك وقرأها بعض أهل المدينة

(١) فتح القدير ٢٠٢/٣ .

(٢) رسالة مخطوطة للشيخ عبد الله الشيري في المكتبة الازهرية.

(٣) الفتح الباري ٢٢٦/٩ .

كما قرأها حمزة (١) .

ويبدو لي أنه يجب ان نفرق بين حالين : حال التراضي بين الزوجين على المخالعة فلان شرط اذن القاضي . وبين حالة اخرى هي الغالبة وهي حال النشوز والكراهية من احدهما للآخر فيجب ان يكون ذلك بأذن القاضي ليمتتحق على الأقل من شروط الخلع والذي منها على رأي فريق من الفقهاء الكراهية : كراهية الزوجة لزوجها وعدم ظلم الزوج لزوجته وعدم جواز اخذ أكثر مما اعطاها . كل هذه شروط وضعها فريق كبير من الفقهاء . أفلا يستحسن ان يكون كل ذلك باشراف القاضي وحضوره ليسهر على تطبيق احكام الله في المخالعة بين الزوجين ؟ .

وخلاصة القول الذي نراه بأنه اذا تم الاتفاق بين الزوجين بالرضا التام على المخالعة فلا حاجة للقضاء ، والا رفع الامر للقاضي .

(١) وقال الفراء : وفي قراءة ابي : الا ان يظننا الا يقيا حدود الله والخوف والظن متقاربان في كلام العرب :

قال ابو محجن الثقفي : اذامت فادفني الى جنب كرمه تروي عظمي بعد موتي عروقها
ولا تدفني في الفلاة فأني اخاف اذا ماتت ان لا اذوقها
والخوف في هذا الموضع كالظن لذلك رفع اذوقها .

معاني القرآن ١/ ١٤٥ وقد تم طبع الجزء الاول في مطبعة دار الكتب المصرية .

المبحث الثالث

آثار الخلع

ان الاثر الذي يرتبه الخلع بين الزوجين هو الفرقة بينهما .. 'فهل هذه الفرقة طلاق ينقص عدد الطلقات ام هو فسخ ؟ .. واذا كان طلاقاً فهل هو طلاق بائن ام طلاق رجعي ؟

ان الاصل في كل فرقة تمت بين زوجين ان تكون طلاقاً . الا ان الخلع نظراً لما يرافقه من عوض وما اشترط بعض الفقهاء فيه ان يكون لدى القاضي . وأنه غالباً ما يكون بطلب من المرأة . كل هذا كان سبباً للاختلاف بين الفقهاء حول الاثر الذي يحدثه بهذه الفرقة .

قال فريق من الفقهاء ان الخلع طلاق وذهب فريق آخر الى انه فسخ . والذين قالوا انه طلاق على ثلاثة آراء :

- ١ - منهم من قال انه بائن .
- ٢ - ومنهم من قال انه رجعي .
- ٣ - ومنهم من قال انه بائن وينقلب الى رجعي في حالات .

(١) وقال بعض الفقهاء : من آثار الخلع ايضاً اسقاط الحقوق الزوجية .

الخلع طلاقاً بائن

روى هذا الرأي عن عثمان وعلي وابن مسعود وبه قال مالك والثوري
وابو حنيفة واصحابه والاوزاعي ورواية عن احمد والقول الصحيح للشافعي .
كما روى عن عطاء وشريع والشعبي وابراهيم النخعي .

تفصيل آراء المذاهب :

قال الاحناف : ان الخلع تطليقة بائنة^(١) لان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التام .
جاء في المبسوط^(٢) : الخلع تطليقة بائنه والمعنى فيه ان النكاح لا يحتمل
الفسخ بعد تمامه .

وقال المالكية في بداية المجتهد^(٣) : ان الفسوخ هي التي تقتضي الفرقة الغالبة

(١) جاء في حكم محكمة مدلولات الشرعية بصر ان الطلاق على البراءة يقع بائناً لأنه طلاق
بموضع ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة الشرعية ع ٩/٨ .
اما اذا ادعى الزوج البراءة ولم يثبتها فهل يقع رجعيّاً ام بائناً؟ اختلف الأئمة والقضاء في
مصر في ذلك .

ففي حكم محكمة ابو قرقاص الشرعية يعتبر الطلاق بائناً متى ادعى الزوج حصوله على
البراءة ولو لم يثبتها . ٢٩ شوال سنة ١٣٥٢ هـ ١٤ فبراير سنة ١٩٣٤ المحاماة س ٢
ص ١٧٣ .

وفي حكم محكمة الفشن الشرعية - ادعاء الزوج الطلاق مقابل البراءة مع عدم ثبوتها يحمله
رجعيّاً . ٢١ صفر سنة ١٣٥٠ ٧ يولييه سنة ١٩٣١ - المحاماة الشرعية العدد ١٠ .

(٢) المبسوط ١٧٧/٦ .

(٣) بداية المجتهد ٤١/٢ .

للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره . وهذا راجع الى الاختيار .
 فليس بفسخ واذن هو طلاق .
 وجاء في المجموع الزيدية ^(١) : حدثني زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي
 عليهم السلام قال اذا قبل الرجل من امرأته فدية فقد بانت منه بتطليقه .
 وقال الحنابلة في المحرر ^(٢) والخلع طلاقه بائنة .
 وهذه رواية عن احمد . - وسيأتي معنا ان المذهب على ان الخلع فسخ - .
 - وجاء في الوجيز للشافعية ^(٣) : الصحيح انه طلاق - .
 وقال المزني ^(٤) : واذا كان الفراق عن تراض ولا يكون الا بالزوج
 والعقد صحيح ليس في اصله علة ، فالقياس عندي انه : طلاق .
 وقال الاباضية في شرح النيل ^(٥) : والفداء بأنواعه طلاق عند الاكثر .
 وقال شاذ منا انه غير طلاق .

• • •

-
- (١) المجموع الفقهي ١٦٦/٤ . وروى ابن حزم هذا الحديث عن مجاهد وقال انه لا يصح
 لأن مجاهداً لم يدرك علياً إلا انه في هذا الحديث اتصل السند بعلي بن ابي طالب .
 (٢) المحرر ٤٥/٢ . وقد قدم رواية ان الخلع طلاق ثم ذكر ان الخلع فسخ هو الأصح .
 (٣) الوجيز للزالي ٤٦/٣ .
 (٤) مختصر المزني ٥٢/٤ .
 (٥) شرح النيل ٤٨١/٣ .

أذن من قال انه الخلع طلاقاً

١ - مرواه ابن عباس عن النبي عليه السلام انه قال لثابت : اقبل الخديقة وطلقها تطليقة. وان كان افتي بغير ذلك فالعبرة بروايته لا بفتواه .
وقد روى ايضاً مالك عن نافع في قصة خلع الربيع بنت المعوذان عدة المختلعة عبدة المطلقة .

٢ - مرواه سعيد بن المسيب : ان النبي جعل الخلع تطليقة ^(١) . وهذا وان كان مراسلاً لكن مراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لأنه من كبار التابعين ^(٢) .
٣ - لو كان الخلع فسخاً لما صح بغير الصداق كالأقالة في البيع والأقالة غير جائزة بأقل من الثمن ^(٣) .

وبما أن الخلع يجوز بأقل من الصداق وبأكثر منه لم يكن فسخاً فهو إذن طلاق ^(٤) .

(١) قال الزيلعي ٢٦٨/٢ : وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفاً ومرفوعاً . وقال العيني في عمدة القاري ٢٦١/٢٠ رواه الدارقطني والبيهقي ، ولكنه اعل بعباد بن كثير أحد رجاله .

(٢) قال ابن الهمام في الفتح القدير : ومراسيل سعيد لها حكم الوصل لأنه من كبار التابعين وكبار التابعين قل أن يرسلوا عن رسول الله إلا عن صحابي وإن اتفق غيره نادراً فن ثقة هكذا تتبع مراسيله ٢٠١/٣ .

(٣) أحكام القرآن الجصاص ٤٦٧/١ .

(٤) ذكر صاحب الدر المختار في هذا الموضوع انه لو قضى بكون (الخلع) فسخاً نفذ لأنه مجتهد فيه . وقال ابن عابدين : لأنه موضع اجتهاد صحيح بمعنى انه يسوغ فيه الاجتهاد لأنه لم يخالف مجتهداً فيه حتى لو حكم به حاكم يراه لا ينفذ ولا يخفى إن المراد بقوله نفذ هو ما لو حكم به حنبلي بخلاف الحنفي فإنه وإن صح حكمه بغير مذهبه على أحد القولين لكنه في زماننا لا يصح اتفاقاً لتقييد السلطان قضائه بالحكم بالصحيح من مذهبنا فلا ينفذ حكمه بالضعيف فضلاً عن مذهب الغير .

- ٤ - ماروي هشام بن عروة عن ابيه عن جهمان ان ام بكرة الاسلمية كانت تحت عبد الله ابن اسيد فاختلفت منه ، فقدموا الى عثمان بن عفان فأجاز ذلك وقال : هي واحدة الا أن تكون سميت شيئاً فهو على ما سميت ^(١) .
- ٥ - ماروي عن ابراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود انه قال : لا تكون تطليقه بائنة الا في فدية وابلاء ^(٢) .

• • •

(١) المحلى ٢٣٨/١٠ .

(٢) زاد المعاد ٣٦/٤ ولكن ابن القيم يقول : ليس معنى كلامه أن الخلع طلاق بائن بل مراده ان يقول : ان الطلقة في الخلع تقع بائنة لا ان الخلع يكون طلاقاً بائناً . وهذا تأويل بعيد .

الحللع طلاق رجعي

قال سعيد بن المسيب والزهري : الزوج باختيار بين امساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة ^(١) . وبهذا الرأي اخذ الظاهرية فقالوا ان الحللع طلاق رجعي .

قال ابن حزم ^(٢) : « وهو طلاق رجعي الا ان يطلقها ثلاثا أو آخر ثلاث ، او تكون غير موطوءة فان راجعها في العدة جاز ذلك أحبت ام كرهت ، ويرد ما اخذ منها اليها . »

ودليل ابن حزم في ان الطلاق رجعي :

- ١ - هو ما نقل عن سعيد بن المسيب والزهري في المختلعة .
- ٢ - وان الطلاق البائن الذي لا رجعة فيه هو الثلاث وقبل الدخول فقط وما غيرهما فهو طلاق رجعي .

وقد يرد على هذا ان الحللع شرع لتتخلص الزوجة من زوجها على ان تدفع له مالا لقاء ذلك فكيف تجوز مراجعته .

ويقول ابن حزم : واما رده ما اخذ منها فانما اخذه لثلاث تكون في عصمته فاذا لم يتم لها مرادها فمالها الذي لم تعطه الا لذلك مردود عليها . الا أن يبين لها انها طلقة له الرجعة فيها فترضى فلا يرد عليها شيء ^(٣) .

أي ان الزوج يجوز ان يشترط أن له الرجعة بدون رد المال فتصح الرجعة بدون ان يرد اليها مادفعته اليه وهذا برضاها طبعاً . واما الرجعة فتأبته على كل حال .

(١) المغني ٨/ ١٨٢ .

(٢) المحلى ١٠/ ٢٣٥ .

(٣) المرجع السابق ١٠/ ٢٤٠ .

الرد على ابن حزم :

وقد رد جمهور الفقهاء على ابن حزم فيما ذهب اليه ان الخلع طلاق رجعي . قال ابن تيمية^(١) : وهذا خطأ فان مقصود الافتداء لا يحصل الا مع البينونة ولهذا كان حصول البينونة بالخلع مما لم يعرف فيه خلاف بين المسلمين . وقال ابن قدامه في المغني^(٢) : وانما يكون فداء اذا خرجت به عن قبضته وسلطانه . واذا كانت الرجعة فهي تحت حكمه :

- ١ - ولنا قوله تعالى : فيما افتدت به .
 - ٢ - ولأن القصد ازالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر .
 - ٣ - والخلع طلاق بائن لأن الزوج ملك البدل عليها فتصير هي بمقابلته املك لنفسها ولأن غرضها من التزام البدل ان تتخلص من الزوج ولا يحصل ذلك الا بوقوع البينونة .
- وقال في الروض النضير^(٣) : ولأنه معاوضة ولا يثبت في المعاوضات استبداد احد المتعاضدين بكلا العوضين ضرورة . وجاء في البحر الزخار : ولا رجعة مع الخلع اذ ثمرته سلطان الزوج عليها^(٤) .

مناقشة ابن حزم والظاهرية فيما ذهبوا اليه :

انا مع ابن حزم فيما ذهب اليه ان الاصل في الطلاق انه رجعي ولا طلاق بائن في الشريعة الاسلامية الا ما كان قبل الدخول لانه لاعدة فيه، وما كان مكملًا للثلاث لان الزوجة تبين به بينونة كبرى .

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/ ٣٢ .

(٢) المغني ٨/ ١٨٢ .

(٣) الروض النضير ٤/ ١٦٦ .

(٤) البحر الزخار ٣/ ١٨٠ .

غير اني اقول لابن حزم ان للعقود والتصرفات في الشريعة الاسلامية هدفاً وغاية فكل تصرف اذا جرد عن هدفه وغايته كان عبثاً والشريعة منزّهة عن العبث . فالمرأة حين تطلب الخالعة انما ترمي الى غاية معينة هي ان تتخلص من حياتها الزوجية بعد ان يئست منها وبعد أن فشلت جميع محاولات الصالح بينها وبين زوجها فأثرت ان تدفع له هذا العوض للتخلص من زوجها بل للتخلص من الشقاء الذي اصبح يحوم حولها في بيتها وبين اولادها .

فاذا جاء الزوج وراجعها بعد أن تم الخلع وقبض المال . فهل يحقق الخلع هدفه بهذه المراجعة ؟ بل ما الفائدة من ذلك ؟ ان الرجعة شرعها الاسلام للزوج ليتدارك خطأه حيث يندم في فترة العدة أو قد يطلق لسبب قد يبدو له تفاهته أو لذنوب اعتقده في زوجته فتبين له خطأه في هذه الاحوال وتلافياً لهذه المفوات شرع الله الرجعة للزوج ما دامت زوجته في العدة .

أما هنا فالموضوع مختلف لأن المرأة هي التي طلبت الفرقة وقد يكون ذلك بدون موافقة الزوج كما لو كان بحكم القاضي بناء على تحكيم الحكّمين فاعطاء حق المراجعة للزوج ينافي الغرض الذي لاجله شرع الخلع .

لو كان الخلع بطلب من الرجل - وهذا لايجيزه ابن حزم - ولم يكن للمرأة دور فيه لقلنا انه يحق له المراجعة ولكن طالما ان المرأة هي التي ساهمت الى حد كبير ان لم اقل انها كل شيء في الخلع فهي التي طالبت زوجها او القاضي بالفرقة وهي التي دفعت العوض بعد ان تعذر عليها استمرار المعيشة الزوجية المشتركة .

ولهذا فيبدو لي ان رأي ابن حزم لا يتفق مع الغاية المرجوة من تشريع الخلع لانه يحقق للزوجة الخلاص الذي شرعه الله لها .

مع ابن القيم فيما فهمه من كلام سعيد بن المسيب والاقالة في الخلع :

جاء في زاد المعاد^(١) : وفي تسميته صلى الله عليه وسلم الخلع فدية دليل على ان فيه معنى المعاوضة ولهذا اعتبر فيه رضا الزوجين . فاذا تقايلا الخلع ورد عليها ما اخذه منها وارتجعا في العدة فهل لها ذلك ؟ ..

منعه الاثثة الاربعة وغيرهم وقالوا قد بانث منه بنفس الخلع .

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب انه قال في المختلعة : ان شاء ان يراجعها فيرد عليها ما اخذه منها في العدة وليشهد على رجعتها . قال معمر وكان الزهري يقول ذلك .

ويقول ابن القيم :

ولقول سعيد بن المسيب والزهري وجه دقيق من الفقه لطيف المأخذ - تذنتلقاء قواعد الفقه واصوله بالقبول . ولا نكارة فيه غير ان العمل على خلافه . فان المرأة ما دامت في العدة فهي في حبسه ويلحقها طلاقه المنجز عند طائفة من العلماء . فاذا تقايلا عقد الخلع وتراجعا الى ما كانا عليه بتراضيهما لم تمنع قواعد الشرع ذلك وهو بخلاف ما بعد العدة فانها قد صارت منه اجنبية محضة فهو خاطب من الخطاب . ويدل هذا على ان له أن يتزوجها في عدتها منه بخلاف غيره .

ملاحظاتنا حول هذا النص :

١ - الذي فهمته من هذا النص ان ابن القيم يريد ان يأتي بحكم الإقالة في الخلع وهل تجوز ام لا لأنه جاء بحكم الخلع من حيث انه فسخ ام طلاق في فصل آخر وذكر رأي من قال انه رجعي . ورد عليه بقوله^(٢) : « وفي الآية دليل

(١) زاد المعاد ٣٥/٤ .

(٢) زاد المعاد ٣٤/٤ .

على حصول البينونة به لانه سبحانه سماه فدية ولو كان رجعيًا كما قاله بعض الناس لم يحصل للمرأة الاقتداء من الزوج بما بذلته له .

قابن القيم لا يبحث هنا هل أن الخلع رجعي أم بائن بل يبحث في جواز التقايل في الخلع وقد بدأ به عبارته وختمها به واستشهد بكلامه على رواية سعيد بن المسيب .

٢ - أن ماروي عن سعيد بن المسيب هو حق الرجل بالمراجعة لا التقايل بين الزوجين أي ما نقله سعيد لا يفيد اشتراك الزوجة مع زوجها في المراجعة بل هو حق للزوج وليس لتراضيهما معاً مفهوم في كلامه كما ذهب إليه ابن القيم . وكلام سعيد صريح بقوله : فإن شاء أن يراجعها .

٣ - والذي يمكن أن نقوّم به هذا النص أن نحذف منه عبارة سعيد أي أن لا نستشهد بما يريد أن يقوله عن الاقالة بما رواه عن سعيد . قابن القيم يريد في هذا الفصل أن يبحث هل للزوجين التقايل في عقد الخلع فيجيب أن له ذلك من قواعد الشرع وأصوله .

وقد سبقه الى ذلك شيخه ابن تيمية دون أن يصرح فيما اطلعت عليه فقد جاء في فتاويه^(١) : والجمهور انه لا يملك الزوج وحده ان يفسخ الخلع ولكن لو اتفقا على فسخه كالتقايل فهذا فيه نزاع آخر .

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٣٣ وقد جاء في مختلف الشيعة ص ٤٤ وليس عقد النكاح قابلاً للتقايل .

الخلع طلاق بائن وينقلب رجعياً

الزيدية :

قال الزيدية ان الخلع طلاق بائن ولا يمكنه ينقلب الى طلاق رجعي اذا اختلفت بعض شرائطه .

جاء في البحر الزخار^(١) : ان الخلع طلاق بائن عند الزيدية وصريحه صريح الطلاق .

وقال صاحب الروض النضير^(٢) : والحجة بانه طلاق حديث ثابت : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة . وهو نص في كونه طلاقاً .

وقال صاحب التاج المذهب^(٣)

واذا اختلف قيد من القيود التي اعتبرت في الخلع بعد أن وقع القبول ونحوه فانه يصبح رجعياً . والأمثلة كثيرة :

١ - ان يطلقها بغير عوض سواء كان عقداً أو شرطاً .

٢ - ان يكون العوض غير مال .

٣ - ان يكون الخلع بعوض صائر كله الى غير الزوج لابعضه فيصبح خلعاً بقدر ما صار اليه .

٤ - ان يكون العوض من الزوجة وهي غير ناشرة وكان عقداً فيصبح بالقبول رجعياً .

(١) البحر الزخار ٣/١٧٩

(٢) الروض النضير ٤/١٦٦ .

(٣) التاج المذهب ٢/١٩٣ وجاء فيه : هذا بعد تمام اركانه ولم يكن ثالثاً ولا قبل الدخول .

وقد اضاف صاحب المنتزع المختار حالتين :

١ - اذا خالعهما وهي غير ضحيحة التصرف فينقلب الخلع رجعيًا .

٢ - وكذلك اذا كان العوض اي بدل الخلع اكثر من المهر^(١) .

هذا هو مذهب الزيدية لم اجد فيه خلافاً سوى ما ذكره صاحب الروضة الندية : ان الشوكاني ذهب الى ان الخلع فسخ . ثم ذكر له رأياً آخر ان الخلع طلاق وقال : وهو الصحيح^(٢) .

الجعفرية :

الخلع عند الامامية طلاق وليس بفسخ ، وتذكر كتبهم ذلك دون الاشارة الى انه بائن او رجعي غير ان الكتب المحققة تشير الى ذلك وان الطلاق البائن هذا ينقلب الى طلاق رجعي .

فالخلع اذن طلاق بائن وينقلب رجعيًا اذا رجعت المرأة عن بذلها مادفعته لزوجها بدلاً للخلع . مادامت في العدة . ولا يجوز رجوع الزوج قبل رجوع الزوجة .

اما من لاعة لها كغير المدخول بها والصغيرة واليائسة فلا رجوع لها مطلقاً .

اخروج الكليني في الكافي^(٣) : اذا قالت المرأة لزوجها جملة لا أطيع لك امرأ .. حل له ان يأخذ منها وليس له عليها رجعة .

(١) المنتزع المختار ٢/٤٥٠ .

(٢) الروضة الندية ٢/٦١ ذكر الشوكاني في الدرر البهية ان الخلع فسخ وقد علق على ذلك صاحب الروضة الندية بقوله : قال : وهو فسخ وليس بطلاق . ولكن قال الماتن رحمه الله في حاشيته الشفاء بخلاف ما قال هنا ورجح ان الخلع طلاق وليس بفسخ وهذا هو الحق .

(٣) الكافي ٢/١٢٣ وسنده عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام واخرجه الصدوق في الفقه ص ٣٤٣ .

وجاء في التهذيب^(١) الخلع تطليقه بائنة وليس فيها رجعة .
وقال في المختصر النافع^(٢) لا رجعة للخالع . نعم لو رجعت في البذل رجع
ان شاء ، ويشترط رجوعها في العدة ، ثم لا رجوع بعدها . هذا اذا لم يكن
الزوج قد تزوج رابعة فانه يحرم عليه مراجعتها .
وقالوا^(٣) : ولو علم برجوعها بالبذل ولم يرجع بالطلاق يتحول الطلاق من
البائن الى الرجعي .
وفي اللمعة الدمشقية^(٤) : اذا تم الخلع فلا رجعة للزوج وللزوجة الرجوع
في البذل ما دامت في العدة .
وقال صاحب الروضة البهية^(٥) : هذا اذا كانت ذات عدة اما من لعدة لها
كغير المدخول بها والصغيرة واليائسة فلا رجوع لها مطلقاً .
وقال : وجواز رجوعه مشروط بتقدم رجوعها .
اما من نقل الأحاديث في التهذيب على أن الخلع خلعة بائنة فيبدو انه رجع
عن قوله أو ان في المسألة قولان :
فقال في مختلف الشيعة^(٦) وهو يستعرض الآراء المختلفة في المذهب
وبقية المذاهب :
المشهور أن للمرأة الرجوع في البذل مادامت في العدة فاذا رجعت كان
للزوج الرجوع في النكاح .

(١) التهذيب ٢/٢٧٧ ومروى عن ابي عبد الله عليه السلام وسنده عن زواره
ومحمد بن مسلم .

(٢) المختصر النافع ٢٢٧ س .

(٣) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ١٨٤ .

(٤) اللمعة الدمشقية ٢/١٦٧ .

(٥) الروضة البهية ٢/١٦٧ .

(٦) مختلف الشيعة .

ويقول : فان اراد مراجعتها قبل انقضاء العدة اذا لم ترجع هي فيما بذلته او بعد انقضائها كان ذلك بعقد مستأنف ومهر جديد .

وقال صاحب جواهر الكلام^(١) : اذا صح الخلع لم يكن له الرجعة بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع عليه .. وان شئت ان يرد اليها ما اخذ منها وتكون امرأته فعلت .

وقال في السرائر^(٢) : ولا رجعة للزوج على المرأة في العدة الا أن ترجع فيما بذلته واقتدت به قبل خروجها من العدة فله حينئذ الرجوع في بعضها .

...

هذا جملة ما حورته في هذا الموضوع في مذهب الشيعة الامامية وبه تبين لنا ان الخلع عند الامامية طلاق بائن ولكن للزوجة لا للزوج حق الرجوع فيما بذلته فيصبح الخلع رجعياً فان شاء الزوج راجعها فهي زوجته مادامت في العدة . ويبدو لي ان في الأخذ بهذا المذهب تدارك لما اخذناه على مذهب الظاهرية من انه يعطي بيد ويسلب بيد اخرى طالما ان المراجعة بيد الزوج .

وما قلته هناك ان الزوجة هي التي دفعت العوض للتخلص من زوجها فمراجعة الزوج لها تفويت لغرضها المشروع في الخلع . وقلت ايضاً ان الرجعة شرعها الله في الطلاق للزوج ليحرب نفسه فقد يندم فيراجع وهو الذي اقدم الطلاق . وهنا يتحقق كل ما ذكرناه هناك فالمراجعة بيد الزوجة فيها كل الامور التي شرعت في الطلاق للمراجعة . وفيها عدم تفويت فرص الزوجة لانه تم برضاها لا بارادة الزوج . وفيه ايضاً معنى جميل جداً وهو مساواة المرأة مع الرجل فالرجل يطلق ويراجع والزوجة تخالع وتراجع مع فارق بسيط^(٣) وما دام الامر اجتهادياً فهذا الذي نميل اليه .

(١) جواهر الكلام من انفس الكتب المخطوطة لدى الجعفرية وفيه جمع لاقوال المتأخرين والمتقدمين وهو ايضاً ما اعتمدت عليه في بحثي هذا من ٣٦٢/٥ .

(٢) السرائر ٣٤٩ .

(٣) في المذهب الحنفي ان الزوجة اذا لامست زوجها او قبلته بشهوة وهي في عدة رجعية تعتبر مراجعة على مذهب الصاجيين .

الخلع فسخ وليس بطلاق

هو مذهب ابن عباس وبه قال طاوس وعكرمة واسحاق وابي ثور . وهو مذهب الحنابلة واحد قولي الشافعي .

الحنابلة :

ينقل بعض المؤلفين على أن في المذهب الحنبلي روايتان في أن الخلع فسخ أم طلاق دون ترجيح بين الروايتين وسبب ذلك أن بعض الكتب لم تشر إلى أي الروايتين أصح وهي المذهب ولهذا فإني أسوق بعض النقول التي تبين أن الصحيح هو أن الخلع فسخ لدى الحنابلة^(١)

جاء في الانصاف^(٢) الصحيح من المذهب : أن الخلع فسخ .

قال في الخلاصة فهو فسخ على الأصح .

وقال في المحرر : وهو الأصح^(٣) .

أما صاحب المغني^(٤) فقد ذكر الروايتين عن أحمد دون أن يرجح بينهما وإن كان قدم رواية الفسخ ولكن المذهب الرواية التي ذكرناها وهي أن الخلع فسخ .

وقد ذكر ابن قدامة أقوال من ذهب إلى أن الخلع طلاق فقال : لكن ضعف أحمد الحديث عنهم وقال : ليس في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ .

(١) راجع مذكرات الاستاذ الزفزاف في فقه القرآن والسنة ص ٢٠٧ .

(٢) الانصاف ٣٩٢/٨ .

(٣) المحرر ٤٥/٢ .

(٤) المغني ١٨٥/٨ .

وقال^(١) ابن تيمية : الخلع فسخ وهذا ثابت عن ابن عباس باتفاق أهل المعرفة بالحديث .

وقال ابن القيم^(٢) : اما الخلع فالتحقيق انه فسخ لا طلاق .

الشافعية :

احد اقوال الشافعي ان الخلع فسخ وان كان الصحيح عندهم هو انه طلاق .
والقول بانه فسخ منسوب الى الشافعي في القديم^(٣) .

وزهد الى ان الخلع فسخ . الشوكاني في الدرر البهية^(٤) كما ذكرنا .

• • •

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٣١٠ .

(٢) الدرر البهية ٢/٦١٠ .

(٣) مغنى المحتاج ٣/٢٦٧ .

(٤) الدرر البهية ٩/٦١٠ .

أدلة من قال انه الخلع فسخ

١ - قوله تعالى^(١) : «الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان» ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا ان يخافا الا ان يقيما حدود الله، فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به» . الى ان قال : فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره .

وذكر الطلاق ثم الخلع ثم الطلاق اي ذكر الخلع بين تطليقتين وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقاً لكان في الآية اربع تطليقات . فقوله تعالى : الطلاق مرتان يفيد طليقتين ثم ذكر الخلع بقوله فلا جناح عليهما ثم قال فان طلقها . فلو كان الخلع طلاقاً لكانت الآية مشتملة على اربع تطليقات وهذا قطعاً غير صحيح اذن لم يكن بد من ان نعتبر الخلع فسخاً وليس بطلاق .

٢ - ما روى عن ابن عباس انه قال : الخلع تفريق وليس بطلاق^(٢) . وما رواه ابن جريج عن ابن طاوس قال : كان أبي لا يرى الفداء طلاقاً ويجيزه بينهما .

وما روى عن عمرو بن دينار انه سمع عكرمة مولى ابن عباس يقول : ما اجازته المرأة فليس بطلاق^(٣)

٣ - ان النبي عليه السلام امر امرأة ثابت بن قيس ان تعتد بجيذه ولو كان طلاقاً ما أمرها بذلك .

٤ - ان الخلع بين الزوجين يتم بإيجاب وقبول بين الزوجين على انتهاء عقد

(١) سورة البقرة اية ٢٢٩ .

(٢) راجع تفسير القرطبي ١٤٣/٣

(٣) المحلى ١٠/٢٣٧ .

الزواج فيما بينهم فهو كالأقالة في البيع بين المتعاقدين . فهو فسخ اذن لاطلاق .
ما يراه استاذنا الخفيف :

يذكر استاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف من حجج من قال ان الخلع فسخ وليس بطلاق^(١) : اختلاف اثر كل من الطلاق والخلع : ذلك ان الله سبحانه وتعالى قد رتب على الطلاق بعد الدخول اذا لم يكن ثلاثاً : ثلاثة احكام كلها منتقية عن الخلع :

احدها : ان الزوج احق فيه بالرجعة مادامت الزوجة في العدة .

الثاني : انه محسوب من الثلاث .

الثالث : استتباعه للعدة التي ذكرها الله في كتابه .

وقد ثبت بالنص والاجماع : انه لا رجعة في الخلع . وثبت بالسنة واقوال الصحابة : ان لا عدة فيه ، وانما تستبرئ المختلعة بحيضة واحدة ، وثبت في النص جوازه بعد طلقتين ووقوع ثالثة بعد حدوثه ، وهذا كله يدل على انه ليس بطلاق .

هذا النص اتى به ابن القيم^(٢) ليدعم مذهب الحنابلة بان الخلع فسخ وقد وجدته ايضا في مذكرات استاذنا الجليل الشيخ محمد الزفزاف^(٣) .

ملاحظتنا على ما جاء به ابن القيم وما نقله استاذنا الشيخ علي الخفيف واستاذنا الشيخ محمد الزفزاف :

من القواعد العامة في المناقشات لدعم اية فكرة كانت هو ايراد الة مسلم بها من الطرفين حتى يقنع الطرف الآخر بها . فلا يجوز ان تأتي بحجة لا يسلم بها الخصم ثم نستشهد بها على صحة اقوالنا .

(١) فرق الزواج ص ١٨٦ .

(٢) زاد المعاد ٤/ ٣٦ .

(٣) مذكرات في فقه القرآن والسنة ص ٢٠٩ .

وقد جاء ابن القيم بثلاثة احكام كلها تختلف عما ذهب اليه الطرف الآخر وذلك ليبرهن على ان الخلع فسخ .

يقول : ان الزوج يملك الرجعة في الطلاق ولا يملكها في الخلع فدل على ان الخلع فسخ وليس بطلاق ، ويدعم رأيه هذا بأنه قد ثبت بالنص والاجماع انه لا رجعة في الخلع .

فنقول له : ان ابن حزم قال ان للزوج حق المراجعة في الخلع فلم يثبت الاجماع وخاصة ان ابن القيم متأخر عن ابن حزم فالخلاف في هذا الذي قال عنه اجماع قائم قبل عصره .

٢ - وقوله ان الطلاق محسوب من الثلاث والخلع غير محسوب فدل على انه فسخ ، هذا تسليم بالنتيجة قبل المناقشة فلو كان محسوباً من الثلاث لما كانت هناك مجال للخلاف .

ولوصح ما قاله ابن القيم ان هذا ثابت بالسنة وأقوال الصحابة لم ينازعه في ذلك منازع .

٣ - وقوله ان عدة المختلعة حيضه فهذا قول من قال انه فسخ ولا يصلح دليلاً ولا برهاناً على انه فسخ لا طلاق . لأن الطرف الآخر غير مسلم به ولو كان مسلماً به فلا مجال للاختلاف .

بل ان الامام احمد وهو القائل بأن الخلع فسخ قال ان عدة المختلعة ثلاث حيض كما نقل عنه ابن حجر وغيره (١) .

(١) الفتح الباري ٣٣١/٩ .

مناقشة من قال ان الخلع فسخ ومن قال انه طلاق

ان الادلة التي استدل بها الطرفان هي القرآن والسنة وآراء الصحابة .

اما القرآن :

فقد قال من ذهب الى ان الخلع فسخ أن آية: الطلاق مرتان ... دلت على أن الخلع فسخ وليس بطلاق لأنه لو كان طلاقاً لدلت الآية على أربع طلاقات وهذا غير ممقول .

وقال الآخرون ان قوله تعالى « الطلاق مرتان » افاد حكم الاثنتين اذا اوقعهما على غير وجه الخلع أي اذا طلق الرجل مرتين جاز له ان يراجع اثر كل طليقة . ثم ذكر القرآن حكم الطلقتين ايضاً على وجه الخلع وأبان عن اباحة أخذ المال من الزوجة ، ثم عطف على ذلك قوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فعاد الى الاثنتين مع المتقدم ذكرهما على وجه الخلع تارة ، وعلى غير وجه الخلع تارة . (١) .

فقوله تعالى : « الطلاق مرتان » افاد حكم الطلاق بدون عوض ، ثم افاد حكم الطلاق بعوض ، وأخيراً قال : « فان طلقها ... » فهذه الطليقة الثالثة اما بعد الطلقتين او بعد الخلعين .

واما السنة :

فقد احتج كل فريق بروايات مختلفة فبعضها يدل على أن الخلع فسخ وبعضها يدل على أنه طلاق . والذي أراه ان اكثر الروايات التي جاءت عن رسول الله ﷺ ليس فيها صراحة لفظ الطلاق الا ما ندر منها واكثرها بالفاظ : فارقتها . نخل سبيلها . ففرق بينهما .

(١) فقه القرآن والسنة للشيخ علي قراعة .

وأما قولهم بأن عدة المختلة حيضة واحدة فالخلع اذن فسخ . فلا دلالة فيه ايضاً لأن الشارع الذي جعل عدة المطلقة ثلاث حيض بنص القرآن يجوز ان يجعل عدة المختلة حيضة واحدة بالسنة الكريمة وتكون السنة خصصت عموم آية : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » .

قال صاحب الروضة ^(١) : « لا ملازمة بين الاعتداد بحيضة وبين الفسخ بل اذا ورد في بعض المطلقات ما يدل على مخالفة عدتهن لعدة سائر المطلقات المصرح بها في القرآن كان ذلك مخصصاً لعموم العدة » .

ويبدو لي ان صحت الروايات على ان عدة المختلة حيضة ، والروايات صحيحة - فانها حكمة المشرع البالغة التي فرقت بين من يطلقها زوجها فأعطته فرصة لمراجعة نفسه مدة ثلاثة قروء لعله يندم فيراجع زوجته فجعلت عدة المختلة حيضة واحدة لبراءة رحمها حيث لا فائدة من اطالة العدة ولا لانه لا رجعة للزوج .

وأما فتاوى الصحابة :

فقد افقوا الصحابة كل حسب اجتهاده ولا حجة في فتوى احدهما على الآخر حتى نرجح فتواه ، وكذلك اختلف التابعون فيما بعد .

الاقالة :

واما قولهم ان الخلع كالاقالة فهو فسخ اذن لا طلاق . فلو كان هذا صحيحاً لما جاز الخلع الابالمهر الذي تزوجها عليه مع ان الخلع يجوز على اقل منه وعلى اكثر ويجوز بدون مال فدل على انه طلاق لا فسخ ^(٢) .

(١) الروضة الندية ١٦/٢ .

(٢) احكام القرآن للجصاص ٤٦٨/١ .

هل ينقلب الخلع الى طلاق اذا تغيرت صيغته .

قلنا ان الصحيح عند الحنابلة ومذهب ابن عباس وابي ثور على ان الخلع فسخ ولكن اذا نوى الطلاق او كان الخلع بلفظ الطلاق فهل يبقى الخلع فسخا ام يصح طلاقاً ؟ ...

قال أبو ثور (١) : ان كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق . واذا لم يسم الطلاق فالخلع فرقة وليس بطلاق .

وذكر ابن حجر (٢) : ان الخلاف اذا لم يقع الخلع بلفظ الطلاق ولا بنيته . وقال في مغني المحتاج (٣) : وخرج بلفظ الخلع الفرقة بلفظ الطلاق اذا كان بعوض فانه يكون طلاقاً قطعاً ، وكذا ان قصد بلفظ الخلع الطلاق ، واقترب بلفظ الخلع طلاق كخالعتك على طلبة بألف .

وفي الروض النضير (٤) : ان كان بلفظ الطلاق فهو طلاق وان كانت بلفظ المفاداة فهو فسخ .

وقال ابن قدامة في المغني :

هذا الخلاف فيما اذا خالعا بغير لفظ الطلاق أو لم ينو . فأما ان بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه ، وان وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنيات الطلاق أو لفظ الخلع والمفاداة ونحوهما ونوى به الطلاق فهو طلاق ايضاً لأنه كناية نوى بها الطلاق فكانت طلاقاً كما لو كان بغير عوض ، فان لم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الروايتان (٥) .

(١) تفسير القرطبي ١٤٣/٣ .

(٢) فتح الباري ٣٣١/٩ .

(٣) مغني المحتاج ٢٦٧/٣ .

(٤) الروض النضير ١٦٧/٤ .

(٥) المغني ١٨٠/٨ .

أي انه لا خلاف في ان الخلع يكون طلاقا في حالتين :
 ١ - اذا نوى به الطلاق . ٢ - اذا كان بلفظ الطلاق .
 وما عدا ذلك اي الخلع بغير لفظ الطلاق او بدون نية الطلاق ففيه الخلاف
 بين الفسخ والطلاق .

ملاحظاتنا على ما جاء في هذا النص :

ليس الامر لا اختلاف فيه كما ذكر ابن قدامة وان كان هو الصحيح من
 المذهب ولكن هناك من الحنابلة من لم يفرق في اللفظ ولا في النية بل كل خلع
 تم بين الزوجين بأي لفظ كان فهو فسخ لا طلاق . وسندهم عدا عن القواعد
 العامة التي تقول ان العبرة بالعقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، ان هناك
 رواية عن احمد بن حنبل تقول بعدم التفرقة ^(١) .

قال ابن تيمية في فتاويه ^(٢) : ثم تنازع اصحاب القول بالفسخ : هل يشترط
 ان يكون الخلع بغير لفظ الطلاق او لا يكون الا بلفظ الخلع والمفاداة .
 ويشترط مع ذلك ان لا ينوي الطلاق .

ولا فرق بين ان ينويه او لا ينويه وهو خلع (اهل الصواب فسخ) بأي
 لفظ ، وقع بلفظ الطلاق او غيره على اوجه في مذهب احمد وغيره ، أصحابها
 الذي دل عليه كلام ابن عباس واصحابه و احمد بن حنبل وهو الوجه الاخير وهو :
 ان الخلع هو الفرقة بعوض ، فمضى فارقها بعوض فهي مفقودة لنفسها به ، وهو
 خالع لها بأي لفظ كان ولم ينقل احد قط لا عن ابن عباس واصحابه ولا عن
 احمد بن حنبل انهم فرقوا بين الخلع بلفظ الطلاق وبين غيره ، بل كلامهم لفظه

(١) يقول الاستاذ الحنفى في فرق الزواجر ص ١٨٠ اتفق جميع الفقهاء - عدا أبانور - على ان
 الفرقة اذا حدثت بلفظ من الألفاظ المشتقة من مادة الطلاق أو بلفظ آخر يدل على الفرقة ولا يفيد
 معنى الخلع وكانت نظير عوض فان الواقع بها يكون طلاقاً بائناً .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٣/ ٣٢٠ .

ومعناه يتناول الجميع (١).

ويقول : لكن تنازع اهل هذا القول هل يختلف الحكم باختلاف الالفاظ والصحيح : ان المعنى اذا كان واحدا فالاعتبار بأي لفظ وقع ذلك لان الاعتبار بمقاصد العقود وحقائقها لا باللفظ وحده فما كان خلعاً فهو خلع بأي لفظ كان ، وما كان طلاقاً فهو طلاق بأي لفظ كان ، وما كان ايلاء فهو ايلاء بأي لفظ كان ، وما كان ظهاراً فهو ظهار بأي لفظ كان .

مناقشة ابن تيمية فيما ذهب اليه :

هذا ما جاء في فتاوى ابن تيمية ، وفيه نرى أن ابن تيمية ينكر من يقول ان الامام احمد فرق بين الحالين في الخلع بصورة جازمة لانه لم ينقل قط عن احمد هذه التفرقة .

ولكنني بالرجوع الى كتاب الانصاف - وهو مؤلف متأخر عن عصر ابن قدامة وابن تيمية - وجدت ان الامر لا كما ذهب اليه ابن قدامة بقوله : لا خلاف في ان الخلع بلفظ الطلاق ، طلاق . ولا كما قال ابن تيمية : أنه لا خلاف في أن الخلع بأي لفظ كان فهو فسخ .

قال في الانصاف (٢) :

من شرط وقوع الخلع فسخاً : أن لا ينوي به الطلاق .

(١) قال ابن تيمية : والشافعي لما ذكر القولين في الخلع هل هو طلاق ام لا قال : واحسب الذين قالوا هو فسخ (في النسخة المطبوعة طلاق وهو خطأ فلنصحح) هو فيما اذا كان بغير لفظ الطلاق . ولهذا ذكر محمد بن نصر والطحاوي ان هذا لاتزاع فيه . والشافعي لم يجح عن احد هذا بل ظن انهم يفرقون ، وهذا بناء الشافعي على ان العقود وان كان معناها واحداً فان حكمها يختلف باختلاف الالفاظ وفي مذهبه نزاع في الاصل . واما احمد بن حنبل فان اصوله ونصوصه وقول اصحابه : ان الاعتبار في العقود بمعانيها لا بالالفاظ وفي مذهبه قول آخر انه تختلف الاحكام باختلاف الالفاظ .

(٢) الانصاف ٨/ ٣٩٣ .

فان نوى به الطلاق وقع طلاقاً على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه (عن الامام احمد) هو فسخ ولو نوى به الطلاق . اختاره الشيخ تقي الدين (ابن تيمية) . فان اوقعه بصريح الطلاق : كان طلاقاً . على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقيل : هو فسخ ، ولو اتى بصريح الطلاق أيضاً اذا كان يعوض . واختاره الشيخ تقي الدين .

وقال في الفروع ^(١) : وهو بصريح طلاق أو بنيته طلاق بائن . وعنه مطلقاً . وقيل ~~عكسه~~ . قال شيخنا (ابن تيمية) وعليه دل كلام أحمد وقدماء أصحابه .

ومراده بذلك ما قال عبد الله : رأيت أبي كان يذهب الى قول ابن عباس . وابن عباس قد صح أنه قال « ما أجازته المال فليس بطلاق » وصح عنه « أن الخلع تفريق وليس بطلاق » . وعنه : أنه بصريح الخلع فسخ لا ينقص عدد أو عكس بنية الطلاق .

ونحن نميل الى ما ذهب اليه ابن تيمية وهو أن الخلع بأي لفظ وقع يجب ألا يصرفه عن حقيقته فان كان الخلع طلاقاً فيجب ألا يتغير بتغير الألفاظ ، واذا كان فسخاً فيجب أيضاً ان يكون كذلك . وبما اتنا نميل الى ان الخلع فسخ فاننا نقول لا عبارة بالألفاظ فالخلع فسخ بأي شكل كان .

وإخلاصة فان الخلع هل هو فسخ أم طلاق هو موضوع اجتهاد ليس من السهل ترجيح أدلة احد الطرفين على الآخر لقوة جميع الأدلة غير أننا نرجح الرأي القائل بأن الخلع فسخ للأسباب التالية والتي سنبحثها في بيان رأينا في آثار الخلع :

(١) الفروع ٣/ ١٥٨ .

رأينا في آثار الخلع

١ - إن الطلاق حق ينفرد به الرجل لأن الله أعطاه الزوج لعموم آيات القرآن الكريم . ولقوله عليه السلام « إنما الطلاق لمن اخذ بالساق » . بينما نجد الخلع عبارة عن عقد فيه ايجاب وقبول ، وبشروط فيه التراضي بين الزوجين على بدل معلوم . اما الطلاق فهو من الاسقاطات التي تقع بإرادة منفردة ف يخالف الخلع الطلاق بهذا الأمر .

ثم قد يكون الخلع بيد الحكمين نتيجة قرارهما فيحكم القاضي بالفرقة بناء على أنه لم يعد هناك من أمل لعودة الحياة الزوجية بين الرجل والمرأة . وهذه حالة اخرى تخالف الطلاق الذي لا شريك للرجل فيه .

٢ - ثم ان الاصل في الطلاق ان يكون رجعياً ، بل كل الطلاق رجعي الا ما كان قبل الدخول وما كان مكتملاً للثلاث - وهذا مذهب الظاهرية - وهم على حق بذلك وأقرب الآراء الى القرآن الكريم بل هذا هو الطلاق الذي ذكره القرآن .

وفي اعتبار الخلع طلاقاً رجعياً تنافياً مع الغرض المقصود منه اذ تخالف الزوجة اليوم او يصدر الحكمان قرارهما او القاضي حكمه بالتفريق اليوم فيأتي الزوج باليوم التالي فيراجع زوجته ، وهذا مما يتنافى مع حكمة مشروعية الخلع .

٣ - اذا اعتبرنا الخلع فسخاً كان في هذا حسماً للخلاف حول تكييف الخلع الفقهي اذ يعتبر حينئذ معاوضة محضة من الجانبين وفي هذا تسهيل كبير في احكام الخلع الذي اعتبرها الفقهاء يميناً من طرف ومعاوضة من طرف آخر .

٤ - ان في اعتبار الخلع فسخاً توسعة لعدد الطلقات التي يملكها الرجل فقد يعود الزوجان الى حياتهما المشتركة بعقد جديد ومهر جديد ، وقد تكون هذه الفرقة قد سبقها طلاقان فاذا كان الخلع طلاقاً كان تلك الفرقة الطلقة الثالثة اما لو كان فسخاً لجاز رجوع الزوجين الى بعضها . وهذا اقرب الى المصلحة ، وما كان اقرب الى المصلحة كان اقرب لروح الشرع وحكمته ^(١) .

٥ - إن في اعتبار الخلع فسخاً قضاء على تعدد الطلقات في العدة على رأي المذاهب التي تبيح ايقاع الطلاق في العدة . اما في الفسخ فلا يجوز ذلك . وهذا ارقى بالزوجة وابعد ضرراً عنها .

٦ - واخيراً نرجح ان يكون الخلع فسخاً لنمنع أي شخص من ان يتدخل بين زوجين فيفرق بينهما عن طريق الخالعة اذا دفع للزوج مبلغاً من المال ليطلق زوجته كما اجازت ذلك اكثر المذاهب التي اعتبرت الخلع طلاقاً وهي الاحناف والشافعية وبعض الزيدية ، لأن بعضهم منع خلع الأجنبي . اما في اعتباره فسخاً فلا يجوز الفسخ من أجنبي .

الآثار التي تترتب على اعتبار الخلع فسخاً او طلاقاً :

الفرق بين الفسخ والطلاق :

١ - اذا اعتبرنا الخلع طلاقاً حسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج اما ان كان فسخاً فلا يحسب . فمن طلق مرتين وخالع فان كان الخلع طلاقاً لم يعد يملك الرجوع الى زوجته حتى تنكح زوجاً غيره . اما لو كان الخلع فسخاً فيمكن ان يعود الى زوجته بعقد جديد .

(١) سألني طالب في كلية الحقوق بجامعة القاهرة احاله الى استاذي الدكتور مدكور عن رجل طلق امرأته مرتين في وقتين مختلفين بينها مراجعة ثم خالعا فهل يجوز ان يعود اليها بدون ان تزوج بآخر ؟ . فأجبت ان الخلع فسخ لا يحسب من الطلقات ولتعد اليه زوجته بعقد جديد وليتقدها من المحلل والتحليل .

٢ - اذا كان الخلع طلاقاً كان للزوج ان يعدد اكثر من طلقة فيقع ماعده على رأي من يجيز تعدد الطلقات اما لو كان الخلع فسخاً فهو طلقة واحدة ولو نوى اكثر من واحدة (١) .

٣ - من قال ان الخلع طلاق فعده عدة الطلاق ومن قال انه فسخ قال ان عدة المختلعة حيضة واحدة . الا ماروى عن احمد ان عدة المختلعة عدة المطلقة مع ان الصحيح في مذهبه أن الخلع فسخ .
هذا هو أثر المخالعة بين الزوجين حيث اتم الفرقة بينهما طلاقاً او فسخاً على الخلاف الذي ذكرناه (٢) .

(١) جاء في البحر الرائق ٨٠/٤ لو قال لها قد خلعتك على ألف ثلاث مرات فقبلت وقع طلاقاً ثلاثاً .

وجاء في شرح الدردير ٢٠/٢ انه لو قالت له طلقني واحدة بالف فطلقها ثلاث فأنزلها الألف لحصول غرضها وزيادة . الا ان الدسوقي نقل عن ابن عرفة ٢١/٢ : الذي استظهره ابن عرفة رجوعها عليه بما اعطته .

(٢) الاثر الثاني : استعاط الحقوق الزوجية : اذا تم الخلع بين الزوجين واستحق الزوج العوض المتفق عليه في العقد . قال ابو حنيفة : يسقط بالخلع كل حق لأحد الزوجين على الآخر ترتب بسبب عقد الزواج من صداق مؤجل أو نفقة ماضية لان الخلع انما شرع لقطع كل علاقة مالية أو غير مالية بين الزوجين .

أما ابو يوسف فقال اذا كان الخلع بلفظ المباراة فالحكم كذلك لان المباراة تفيد المخالعة بين الزوجين اما اذا تم بلفظ الخلع فلا يسقط شيء من الحقوق الزوجية .

= ويقول ابو حنيفة ان الطلاق على مال بلفظ الخلع لا تسقط به حقوق الزوجية بل يستحق ماسمياه فقط . المبسوط ١٧٢/٦ فتح القدير ٢٠٠/٣ =

ويرى محمد وبقيه فقهاء المذاهب ان الحقوق الزوجية ثابتة ولا يزيلها الخلع لانه عقد تم بايجاب وقبول على مبلغ معين فلا يتعدى رضا الطرفين ما اتفقا عليه فالزوج يستحق بدل الخلع فقط . ولكل منها على الآخر حقوقه كاملة لأنه لم ينص عليها في عقد الخلع .

والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في مصر على مذهب محمد والجمهور حيث اعتبر النفقة ديناً ثابتاً في ذمة الزوج لا يسقط الا بالاداء او البراء .

المبحث الرابع

إذا طلبت الزوجة المخالعة من زوجها

فهل يجب عليه ان يلي طلبها فيطلقها ؟ . . .

قال جمهور الفقهاء لا يجب على الزوج ان يجيب زوجته الى ما تطلبه من مخالعة غير انه يندب اليه ذلك .

وقال بعضهم يجب عليه ان يلي طلب زوجته فيطلقها .

قال عمر بن الخطاب^(١) كما جاء في سنن البيهقي^(٢) :

إذا اراد النساء الخلع فلا تكفروهن .

وقال عطاء بن ابي رباح^(٣) : يحل الخلع والاخذ ان تقول المرأة لزوجها اني اكرك ولا احبك :

وقال الطبري^(٤) : غير اني اختار للرجل استحبابا لا تحتيا اذا تبين من امراته

ان افتداهما منه لغير معصية لله بل خروفا منها على دينها ان يفارقها بغير فدية

ولا جعل .

(١) عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي المدوي . ثاني الخلفاء الراشدين واول من لقب بأمر المؤمنين . كان في الجاهلية من ابطال قريش واشرافهم . اسلم قبل الهجرة بخمس سنين بومع بالخلافة يوم وفاة ابي بكر (سنة ١١ هـ) وفي ايامه تم فتح الشام والعراق وافتتحت القدس والمدائن ومصر والجزيرة وهو اول من دون الدواوين في الاسلام . واستشهد على يد ابولؤلؤة فيروز الفارسي غيلة فماش بعد الطعنة ثلاث ليال .

الاعلام للزركلي ١٤/٧١٤ ط ١٩٢٧ . اشهر مشاهير الاسلام ٢/١٨٥ .

(٢) سنن البيهقي ٣١٣/٧

(٣) تفسير القرطبي ٣/١٣٨

(٤) تفسير الطبري ٤/٥٨٠ .

ونقل الطبري عن بعض المفسرين لقوله تعالى^(١) : «إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله...»

قال : الخوف أن تقول له إنها له كراهة .

جاء في كشف القناع^(٢) :

إذا كرهت المرأة زوجها لحلقه أو خلقه أو كرهته لنقص دينه أو لكره أو ضعفه أو نحو ذلك وخافت أنما يترك حقه . فيباح لها أن تخالعه على عوض تقتدي به نفسها منه لقوله تعالى : «فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به» .

ويسن له اجابتها... إلا أن يكون الزوج له اليها ميل ومحبة فيستحب صبرها وعدم افتدائها .

قال أحمد : ينبغي أن لا تختلع منه وإن تصبر .

قال القاضي قول أحمد ينبغي لها أن تصبر على سبيل الاستحباب والاختيار ولم يرد بهذا الكراهة لأنه قد نص على جوازه في غير موضع^(٣) .

وقال في المغني^(٤) : «ومن المندوب إليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة إلى المحالعة لتزيل عنها الضرر» .

وجاء في الانصاف^(٥) : «وإذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتخشى أن لا تقيم حدود الله في حقه فلا بأس أن تقتدي نفسها منه . فيباح للزوجة ذلك والحالة هذه - على الصحيح من المذهب - وعليه أكثر الأصحاب . وجزم الحلواني

(١) المصدر السابق ٥٥٧/٤ .

(٢) كشف القناع ١٦٧/٥ .

(٣) اطلت في نقل هذا النص لأوید ماسبق ان استظرفته أن الخلع يختلف حكمه ان كان بناء على طلب الزوجة ام الزوج من حيث الكراهية او الاستحباب .

(٤) المغني ٢٣٥/٨ .

(٥) الانصاف ٣٨٢/٨ .

بالاستحباب وأما الزوج فالصحيح من المذهب : أنه يستحب له الإجابة إليه .
وعليه الأصحاب .

واختلف كلام الشيخ تقي الدين في وجوب الإجابة إليه والزم به بعض
حكام الشام المقدسة الفضلاء .

وجاء في فتاوى ابن تيمية : والمرأة إذا بغضت الرجل كان لها أن تنتدي
نفسها منه ^(١) .

وقال بعض الأئمة في المذهب الجعفري : إذا طلبت الزوجة من زوجها أن
يخالعها فيجب عليه تلبية طلبها وجوباً إذا تحقق موضوع الخلع وشرعيته .
جاء في السرائر ^(٢) :

وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته : وإنما يجب الخلع إذا قالت المرأة لزوجها
إني لا أطيع لك أمراً ولا اغتسل لك من جنابة ولأوطئن فراشك من نكوهه
أن لم تطلقني ، فمتى سمع منها هذا القول أو علم منها عصيانه في شيء من ذلك
وان لم تنطق به وجب عليه خلعها .

وقال محمد ابن ادریس تلميذ أبي جعفر : قوله وجب عليه خلعها على طريق
تأكيد الاستحباب دون الفرض والاستحباب لأن الشيء إذا كان عندهم شديد
الاستحباب اتوا به بلفظ الوجوب ^(٣) .

وقال صاحب جواهر الكلام انه يوجد رواية في المذهب الجعفري تقول
بالوجوب ذكرها صاحب شرائع الاسلام ولكنه لم يعثر عليها .

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٣١ .

(٢) السرائر ض ٣٥٠ .

(٣) أتيت برأي محمد بن ادریس للامانة العلمية التي التزمها في مجني وقد كان من السهل
علي والكتاب من نواذر المخطوطات ان لا أشير الى رأي يخالف رأياً أرجحه ولكن شرع الله
فوق الآراء .

وقال : (١) حكى محمد الشيخ وأبو الصباح وابن البراج وابن زهرة وجوب
الخلع عند تحقق موضوعه .
وقد علل العلامة الحلي ما ذهب اليه الشيخ أبو جعفر فقال في كتاب مختلف
الشيعة بعد ان ذكر آراء من قال بالوجوب : « واحتج بان النهي عن المنكر
واجب وانما يتم بهذا الخلع فيجب » (٢) .

ما نراه في هذا الموضوع :

من هذه النصوص التي نقلناها عن مختلف الفقهاء نرى ان اجابة الزوج
طلب زوجته بالمخالعة امر مختلف في وجوبه فبعض الفقهاء قال : يندب الى ذلك
وبعضهم قال بالوجوب . ومنهم من اشار الى ذلك اشارة خفيفة .

وعلى كل حال فان اجابة الزوج زوجته بالمخالعة امر مأمور به . ولكن
صفة هذا الامر مختلف فيها بين الندب والوجوب .

والذي اراه في هذا الموضوع وانا انظر الى المبادئ العامة وروح التشريع
الاسلامي في نظام الزواج القائم على حرية الاختيار المطلق وعلى ما منعه المشرع
للزوجة من طلب التفريق للشقاق والضرر ومع ما يجوز لها ان تطلق نفسها اذا
ما شرت ذلك حين العقد او فوض الزوج اليها هذا الامر بعد ذلك .

اقول وانا انظر الى موضوع الزواج على انه عيش سعيد يضم زوجاً وزوجة
ضمن لهما الاسلام كل وسائل الاستقرار والسعادة والهناء .

فاذا ما فشل ذلك فاستحال العيش الكريم في هذا البيت جعياً لا يطاق ،

(١) جواهر الكلام ص ٣٥٠/٥ وعلق صاحب الجواهر على رأي أبي جعفر بأنه ضعيف
لمناقضاته أصول المذهب .

(٢) مختلف الشيعة ص ٤٣ « كتاب مختلف الشيعة في احكام الشريعة للامام حسن بن يوسف
بن مظهر المشتهر بالعلامة الحلي .

فأني لا أجد إلا القول بأن الزوجة إذا طلبت الخالعة من زوجها وأصرت على ذلك - رغم محاولات الإصلاح والتوفيق - فيجب على الزوج إجابة طلبها كما في حادثة ثابت بن قيس .

ما يرد من اعتراضات على أن الخلع واجب إذا ما طلبته الزوجة :

وإني افترض عدة اعتراضات على هذا الرأي وأجيب عليها لعل فيها القاء ضوء على هذا الموضوع .

١ - أن أمر النبي عليه السلام في خلع امرأة ثابت بن قيس كان أمر ندب واستحباب لا أمر وجوب .

٢ - أن عمل النبي كان بصفته ولي أمر المسلمين لا بصفته مشرعاً ومعنى ذلك أنه ليس له صفة الدوام .

٣ - قد يكون سبب طلاق ثابت هو خوفه من رسول الله وإطاعة لامره خشية مخالفته .

١- أما عن الأمر الأول فقد قال أكثر الأصوليين أن الأمر للوجوب . وفي قصة ثابت أن النبي عليه السلام أمره أن يطلقها ففعل .

قال ابن حجر^(١) : « وهو أمر ارشاد وإصلاح لا إيجاب » .

وقد تعقبه الشوكاني فقال : « لم يذكر ابن حجر ما يدل على صرف الأمر عن حقيقته^(٢) » .

بل إني أقول لو كان الأمر أمر ندب واستحباب هل كان ثابت يطلق زوجته وهو الذي ذكرت الروايات العديدة عنه أنه كان يحبها حباً جماً ؟ .. فكيف بمن يحب زوجته هذا الحب يفارقها وله في الأمر خيار . لو عرف ثابت أن أمر النبي كان للندب والاستحباب لما طلق زوجته .

وهناك أكثر من هذا ففي رواية الدارقطني بإسناد صحيح ورواه الشوكاني

(١) الفتح الباري ٣٢٩/٩ .

(٢) نيل الأوطار ٢٤٨/٦ .

في نيل الاوطار أن النبي عليه السلام حينما شككت اليه زوجة ثابت ما تعانيه من زوجها فرق بينهما وثابت في بيته ولما بلغه الخبر قال : رضيت بقضاء رسول الله (١).

• • •

٢- واما الامر الثاني فهو حكم النبي عليه السلام بالتفريق هل كان هذا بصفته مشرعاً ام بصفته ولي امر المسلمين فان كان الاول فهو تشريع دائم لكل من طلبت زوجته الخلع فعليه ان يطلقها وان كان الثاني فهذا يخضع لتقدير القاضي او الخليفة لما يراه في من يطلب المخالعة هل يفرق ام يصلح بينهما ؟..
ان عمل النبي عليه السلام الاصل فيه انه تشريع فكل ما يقضي به ويقوله ويفعله هو تشريع الا ما قام الدليل على خلاف ذلك . وهنا لا دليل بصفته عن صفة التشريع .

ودليلنا على انه تشريع اجماع الفقهاء على ان احد مصدري الخلع هو هذه الحادثة التي طلق فيها ثابت زوجته بعد ان امره رسول الله بذلك وما جاء في القرآن لم يكن فيه من التفصيل ما في هذا الحديث فاحكام الكراهية وعدم اخذ اكثر مما اعطاها وغيرها من الاحكام كلها اخذها الفقهاء من هذه الحادثة فعمل النبي عليه السلام كان تشريعاً له صفة الدوام والاستمرار .

٣- واما ان طلاق ثابت كان خوفاً من مخالفة امر النبي عليه السلام او كان طاعة واجابة لرغبته ففي هذا يجب ان نبحث في حياة الصحابة رضوان الله عليهم هل كانوا يناقشون الرسول الكريم فيما يأمرهم به وفيما يفعله فما كان من عند الله نقذوه دون تأخير وان كان امور الدنيا ناقشوه فيه . ام انهم كانوا يخافون او امره فينفذونها دون اي اعتراض .

اذا صح ان اوامر النبي وأفعاله كانت تنفذ دائماً دون اي اعتراض من

(١) نيل الاوطار ٦/ ٢٤٧ .

أحد لدلائله من السخط والعقوبة ما يناله نقول حينئذ ان ثابتاً طلق زوجته لما أمره رسول الله تنفيذاً لأمره الذي لا مرد له ولا مخالف .

اما اذا صح ان الصحابة كانوا يناقشون النبي الكريم فيما يأمرهم به فما كان تشريعاً من عند الله نفذوه وما كان من امور الدنيا او مما لهم فيه الخيار ابدوا رأيهم صريحاً فيه فاما فعلوه واما تركوه . ورأينا بعد هذا ان ثابتاً طلق دون تردد خلافاً لارادته حيث كان يحب زوجته ، نقول انه طلق وهو يعلم ان امر النبي عليه السلام من امر الله وهو تشريع في هذه الحالة لا يجوز له ان يخالفه فيه وليس له خيار فيما امر به .

اذا رجعنا الى تاريخ السيرة النبوية لوجدنا حوادث كثيرة لا تحصى كان الصحابة يناقشون فيها رسول الله فما كان من امور دينهم ناقشوه فيه وما كان من امور دينهم نفذوه دون مناقشة .

فقصة تأبير النخل حينما مر عليه السلام على قوم يؤثرون النخل فأشار عليهم خلاف ما ألفوه وما يجب ان يكون عليه فقالوا له : أمن عند الله؟ قال لا ... فقالوا له ماهو الأصلح لهذا العمل فقال لهم عليه السلام : انتم اذن اعلم مني بأمر دينكم .

وحينما أمر عليه السلام ان ينزل الصحابة في غزوة بدر في مكان بعيد عن الماء قالوا له أمنزل أنزلك الله اياه أم هو الحرب والرأي فقال لهم بل هو الرأي فأشاروا عليه بالنزول في مكان قرب بئر بدر فنزلوا فيه .

ووجه الاستدلال في هذه الحوادث واضح صريح ان الصحابة كانوا يفتقون في أوامر النبي عليه السلام ما كان لهم فيه الخيار وما لم يكن لهم فيه الخيار .

وفي موضوع بحثنا هذا رأيت حديثاً في صحيح البخاري نستأنس به على أن الرجل أو المرأة كانت تناقش رسول الله فيما يأمرها به وليس الطلاق من

الأُمور اليسيرة والسهلة التي اذا طلب من أحد الناس أن يطلق امرأته فعل دون أن يسأل عن السبب ويدافع عن وجهة نظره .

عن عكرمة عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث كأنني انظر اليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعباس : يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريرة ومن بغض بريرة مغيثاً ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لو راجعته . قالت يا رسول الله أتأمرني : قال إنما أنا أشفع . قالت فلا حاجة لي فيه .

وهذا دليل جديد على أن الناس كلهم كانوا يناقشون ويجادلون فيما لهم فيه الخيار ، فلو كان ثابت بن قيس يعلم أن أمر النبي عليه السلام أمر نذب واستحباب ، وأن له فيه الخيار من أمره لم يكن من السهل المستطاع لديه أن يقول له يا رسول الله اني احبها ولا اطلقها .

والذي يبدو من حادثة ثابت وحادثة بريرة أمر ظهر لي في أثناء مقارنتهما ففي حادثة ثابت قال له عليه السلام : طلقها . وفي حادثة بريرة قال له : لو راجعته . والفرق واضح . فحين كان لبريرة الخيار لم يأمرها بصيغة الأمر بل قال لها لو راجعته . وحين كان لاختيار لثابت فيما أمره به قال له طلقها بصفة الأمر .

بل استطيع أن أقول أن ثابت طلق زوجته لأنه يعلم أن النبي عليه السلام يأمره بأحكام الخلع وهي واجبه . وبريرة لم تراجع زوجها لأنها تعلم أحكام خيار المعتقة وأن لها الخيار فيما تفعل .

وحرية الرأي والمناقشة لولي الأمر لا تحتاج إلى بيان في تاريخنا التشريعي . ومن قرأ تاريخ عمر بن الخطاب يرى كيف أن ضعاف النساء كنَّ يناقشنه بكل جرأة وهو على المنبر .

وفي موضوع الطلاق فاني أشير إلى قصة ذي الرقعتين فإنها مشهورة في عهد

عمر اذ قالت له زوجته : اذا قال لك عمر : طلق امرأتك . فقل لا والله لا أطلقها . فانه لا يكرهك ^(١) .

من الناحية الواقعية :

تم نحن اذا عالجنا الموضوع من ناحية واقعية نجد ان الله شرع الزواج ليحقق هدفاً في هذه الحياة قال الله تعالى : ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة . وقال النبي الكريم : معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فاني مباحي بكم الاثم يوم القيامة .

فالزواج في الاسلام شرع ليحقق المودة والرحمة والتناسل وبهذا يساهم الاسلام في خلق جيل قوي متماسك يزداد مع الايام قوة وعدداً .

وقد وضع الاسلام في تشريعه الخالد قواعد لبناء الأسرة المسلمة فأوجب حقوقاً وواجبات على كل من الزوجين نحو الآخر ، فاذا ما اخل احدهما بواجبه نحو شريكه كان الآخر ان يطالبه بذلك . وللقضاء ان ينصف المظلوم منها .

(١) روى ابو حفص باسناده عن محمد بن سيرين قال : قدم مكة رجل ومعه اخوة له صفار وعليه ازار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه شيئاً ، فبينما هو كذلك اذ نزع الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها ثلاثاً فقال : هل لك ان تعطني ذا الرقعتين شيئاً ويملك لي ؟ ... قالت نعم ان شئت ، فاخبروه بذلك . قال نعم فتزوجها فدخل بها فلما أصبحت دخل اخوته الدار فجاء القرشي يوم حول الدار وقال ياويله غلب على امرأته ، فأتى عمر فقال ياأمير المؤمنين غلبت على امرأتي . فقال من غلبك ؟ . قال ذو الرقعتين قال ارسلا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة : كيف موضعك من قومك ؟ ... قال ليس بموضعني بأس . قالت ان امير المؤمنين يقول لك : طلق امرأتك فقل لا والله لا أطلقها ، فانه لا يكرهك ، فالبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين ، فدخل عليه ، فقال اطلق امرأتك ؟ قال لا والله لا أطلقها قال عمر : لوطلقتها لأوجعت رأسك بالسوط .

ولكن هناك حالات لاتطوّلها يد القضاء لانّها خارجة عن الارادة ،
هناك حالات يقف المرء امامها مكتوف اليدين لانه لا يملك لها حلاً لقد كان
عليه الهلاك والسلام يتناوب المبيت عند زوجاته ويقسط بينهن في الكسوة
والنفقة بل كان يضرب المثل الأعلى بالعدالة والمساواة بين زوجاته ومع هذا
كله كان دائماً يقول : اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تحاسبني فيما لا املك .

ان الحياة ليست طعاماً وشراباً وملبساً ومسكناً ، انها وراء ذلك كله ،
فهذه فتاة من الاعراب تزوجها معاوية واسكنها قصرآ له في دمشق وقدم لها
ما يقدم الملوك لزوجاتهم ، وكانت تحب ابن عم لها يروي الابل فرفضت ان
تقترب من معاوية امير المؤمنين وبقيت مدة طويلة في قصرها وحيدة نعيش مع
من تحب في خيالها حتى دنا منها مرة معاوية فسمعها تنشد وتقول :

ليبت تحفّق الاًرواح فيه	احب اليّ من قصر منيف
ولبس عباءة وتقر عيني	احب اليّ من لبس الشفوف
وخرق من بني عمي نحيف	احب اليّ من عالج عليف ^(١)

ان الزوجة انسان من لحم ودم تشعر بما يشعر به الرجل ، فاذا وجدت في
زوجها مالو وجده فيها لطلقها فماذا تفعل ؟ ..

اذا لم تجد الزوجة في زوجها السعادة التي يحققها الزواج بين الناس كأن
تجد فيه بعض العيوب خلقية كانت او جسمية وتأبى كرامتها ان تثير هذا أمام
القضاء فماذا تفعل !!؟

(١) هذه الفتاة هي ميسون بنت بحدل الكلبية ام يزيد. ولما سمع منها معاوية هذا الكلام
قال : جعلتني عجباً فطلقها وقال لها : كنت قبنت فاجابته : ما سررنا اذ كنا ولا أسفنا اذ بنا .
توفيت سنة ٨٠ هـ . الاعلام للزركلي ٢٩٨/٨ ط الثانية . الكامل لابن الاثير ٤٩/٢ شرح
شواهد المغني ص ٢٢٤ ط . البهية بصر .

لقد جاءت زوجة ثابت بن قيس الى رسول الله وقالت له كلمتين لاثالثته لهما
قالت له : يا رسول الله اني لا أحبه ففهم النبي عليه السلام ما وراء هذه الكلمات .
لقد علم ان وراء ذلك حياة تعيسة مظلمة لا يجوز السكوت عنها والا كان ولي
الأمر في المسلمين ساكتاً على ظلم أطلع عليه ، وحاشا للإسلام أن يرضى أو
يسمح بذلك .

نعم قالت له لا أحبه ولم تشكو امرأ آخر بل صرحت بأنها لا تعتب عليه
في خالق ولا دين ولكنها لا تحبه .

بل اكثر من هذا : إن زوجات النبي عليه السلام حينما جئن بشكون قلة النفقة
وضنك العيش فنزلت الآية الكريمة : يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن
الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعنن وأسرحكن سراحاً جميلاً ، وإن كنتن
تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات أجراً عظيماً .

حينئذ خير النبي عليه السلام زوجاته بين البقاء أو الفراق فاخترن البقاء .
فقالت السيدة عائشة رضي الله عنها يا رسول الله : لا تخبر أزواجك اني اختارك .
فقال عليه الصلاة والسلام : « إنما بعثت معلماً ولم أبعث متعنتاً » : (١)
وهذا لعمرى الفقه الحلي الذي يدخل القلوب بدون استئذان ...

ألا نفهم من هذه الآية الكريمة وفعل النبي ان شكت من زوجها امرأ
وتعذر عليها الصبر فلم تعد نحتمل حياتها الزوجية إلا على ألم لا تطيقه فعلى
الزوج أن يخبرها بين أحد الأمرين .

حتى ان الذين قالوا لادالة بالاية على التخيير بالطلاق قالوا : اذا اختارت
المرأة الدنيا فيجب طلاقها . لأن الله امر نبيه صلى الله عليه وسلم ان يطلق
زوجاته اذا اخترن الدنيا (٢)

(١) احكام القرآن للجصاص ٤٣٩/٣

(٢) المصدر السابق ٤٤٠/٣

بل إن في التخيير اعطاء حرية مطلقة للزوجة حيث تطلق نفسها دون حاجة للرجوع الى الزوج اكثر من الخلع حيث الطلاق من الرجل .

فماذا بعد ذلك ؟ أهل يقال أن هذه من خصوصيات النبي الكريم ؟ .. لا .. لأن تشريع التفويض والتخيير أخذه الفقهاء من هذه الآية الكريمة ومن فعله عليه السلام في هذه الحادثة .

وبعد فإن الله شرع الطلاق بيد الرجل لا على طريق الحصر بحيث لا يجوز لغيره أن يفرق بينه وبين زوجته وشرع للزوجة حق الخلع من زوجها فالطلاق والخلع حقان متبادلان لا يجوز لكل منهما أن يتعسف بما منحه الله .
قال ابن رشد في بداية المجتهد ^(١) .

ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذ فركت الرجل « اي اذا بغضته » .

وجاء في الانصاف ^(٢) :

اذا ترك الزوج حق الله فالمرأة في ذلك كالزوج فتتخلص منه بالخلع ونحوه .
واخيراً فاني ارى ان الزوجة اذا ما طلبت الخاعة من زوجها فعليه ان يعظها ويعرف سبب نشوزها او كراهيتها فلعل أمراً طارئاً سبب هذا النفور سرعات ما يزول وعلى الزوج ايضاً أن يحاول الاصلاح ما أمكن وذلك كما سيأتي معنا في بحث التفريق للشقاق والضرر فإن تعذر عليه ذلك فالواجب عليه ديانة أن يطلقها . وفي هذا الرأي جمع لأراء الفقهاء الذين قالوا بالندب أو الاستحباب أو الوجوب .

(١) بداية المجتهد ٤١/٢ .

(٢) الانصاف ٤٣٠/٨ .

فإن لم يستجب الزوج لطلب الزوجة بالمخالعة فما على الزوجة إلا أن ترفع
أمرها للقاضي فيفرق بينهما مخالعة .

على أنه يجب في جميع الحالات ألا يزيد ما تدفعه الزوجة عوضاً
للخلع على المهر الذي دفعه زوجها لها .

وهذا تنال الزوجة حقاً بمفارقة زوجها إذا ما تعدوا استمرار الحياة الزوجية .
ونتخلص بذلك من انتقادات مريّة يوجهها البنا أصحاب الأغراض السيئة الذين
يريدون أن ينالوا من هذا الدين الكريم .

• • •

المبحث الخامس

الخلع في قوانين الاموال الشخصية في اليهود العربية :

مصر :

لا يوجد في مصر نصوص صريحة في موضوع الخلع سوى ما جاء في المادة الخامسة : ان الطلاق نظير عوض طلاق بائن .

وما جاء في التفريق للشقاق والضرر بعد التحكيم لم يذكر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ التفريق على مال . ولهذا وأمام سكوت القانون كان لامناص من الرجوع الى المذهب الحنفي حسب ما جاء في المادة ٢٨٠ من القانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠ . وفي مجموعة الاحكام الشرعية نصوص كثيرة في الخلع مأخوذة من المذهب الحنفي ويمكن الرجوع اليها وان لم يكن لها صفة رسمية .

فمن ذلك مثلام ٢٧٣ : اذا تشاحن الزوجان وخافا ان لا يقوما بما يلزمهما من حقوق الزوجية وموجباتها جاز الطلاق والخلع في النكاح الصحيح .

م ٢٧٤ : يشترط لصحة الخلع ان يكون الزوج الخالع اهلاً لايقاع الطلاق وان تكون المرأة محلاً له .

م ٢٧٥ : العوض ليس بشرط في الخلع فيقع صحيحاً به وبدونه سواء كانت المرأة مدخولاً بها ام لا .

م ٢٧٦ : يجوز قضاء للزوج ان يخالع زوجته على عوض اكثر مما ساقه اليها .

م ٢٧٨ : يقع بالخلع طلاق بائن سواء كان بال أو بغير مال وتصح فيه نية الثلاث ولا يتوقف على القضاء .

ملاحظاتنا : على ما جاء في هذه المواد :

١ - الأصل في هذه المجموعة المذهب الحنفي ولهذا يجوز الخلع بنية الثلاث فتقع ثلاث طلاقات . ولكن مفعول هذه المادة ملغى بالمادة الثالثة الصريحة بعدم وقوع أكثر من طلقة واحدة ولو تعددت الطلاقات .

٢ - يجوز الخلع ببذل وبدون بدل .

٣ - يقع بالخلع سواء ذكر البذل أم لم يذكر طلاق بائن . أي إن انتقاء عوض الخلع لا يغير من أثره .

٤ - لا يحتاج الخلع إلى القضاء بل يتم بالتراضي بين الزوجين .

سوريا :

وأما القانون السوري فقد نص على بعض أحكام الخلع في المواد التالية :

م ٩٥ : ف . يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لا يقاع الطلاق والمرأة محلاً .

ف^٢ المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة ولي المال .

م ٩٦ : لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر .

م ٩٧ كل ما صح التزامه شرعاً صح أن يكون بدلاً في الخلع .

م ٩٤ كل طلاق يقع رجعيّاً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل .

م ٩٨ : إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أدائه وبرئت ذمة المتخالع من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية .

م ٩٩ : إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برىء كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية .

م ١٠٠ : إذا صرح المتخالعان بنفي البذل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلقة رجعية .

ملاحظاتنا على القانون السوري :

- ١ - انه اعتبر الخلع طلاقاً بائناً وليس بفسخ اخذاً من المذهب الحنفي .
- ٢ - خالف المذهب الحنفي في انه يجوز للموجب من الزوجين الرجوع قبل قبول الآخر وذلك اخذاً من المذهب المالكي الذي اعتبر الخلع معاوضة من الجانبين .
- ٣ - لا خلع الا بعوض فاذا إنتفى العوض لم يكن خلعاً بل طلاق ، والاصل في الطلاق ان يكون رجعيّاً . ولهذا لو ذكر الزوجان لفظ الخلع فهو طلاق رجعي اذا نفى العوض .
- ٤ - اعتبر القانون السوري مخالعة من لم تبلغ سن الرشد المالي غير صحيحة دون موافقة ولي المال .

العراق :

- م ٤٦ : ف الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه وينعقد بايجاب وقبول امام القاضي .
- ف يشترط بصحة الخلع ان يكون الزوج اهلاً لايقاع الطلاق وان تكون الزوجة محلاً له . ويقع بالخلع طلاق بائن .
- ف للزوج ان يخالع زوجته على عوض اكثر أو اقل من مهرها .
- ونلاحظ ان الشيء الجديد في القانون العراقي هو ان يكون الخلع امام القاضي واما بقية الاحكام فهي من المذهب الحنفي .

تونس :

- سبق ان ذكرنا ان القانون التونسي اشترط ان يكون الطلاق بحكم القاضي واستقتى من ذلك الطلاق بالتراضي بين الزوجين ولم يذكر صيغة الخلع بل قال : بتراضي الزوجين في الفصل ٣١ .

المغروب :

الفصل ٦١ : للزوجين ان يتراضيا على الطلاق بالخلع .
الفصل ٦٢ : تخالع الرشيدة عن نفسها . والتي دون سن الرشد القانوني اذا
خولعت وقع الطلاق ولا تلزم ببديل الخلع الا بموافقة ولي المال .
ويلاحظ في القانون المغربي انه يرجع في حال عدم وجود نص الى
المذهب المالكي .

...

الفصل الثاني

الطلاق باتفاق الزوجين لدى الامم القديمة والسرائع السابقة

المبحث الاول : الطلاق بالاتفاق لدى اليونان .
لم يعرف اليونان الطلاق باتفاق الزوجين فقد كانت سلطة الرجل اقوى من ان تسمح للمرأة مشاركته في انتهاء الزواج .
ففي العصر القديم كان عقد الزواج يتم عن طريق الشراء فالزوج الذي يشتري زوجته يصبح مطلق التصرف في ان يحتفظ بها او ان يطلقها، وكل عمل من الزوجة في سبيل الانفصال عنه يعتبر تعدياً على حقه الذي يملكه بمفرده .
وهكذا لا نجد اثرأ لدى اليونان لنظام الطلاق باتفاق الزوجين لان هذا لا يكون في نظام يعطي الرجل الحق المطلق دون قيد في طلاق زوجته بعد أن يدفع ثمنها لاهلها فيعز عليه ان تقوّت عليه مغنمه في مشاركته بطلاق نفسها^(١).

ولما جاء العصر الكلاسيكي لم يعد الزواج يتم عن طريق الشراء ومع هذا بقي الرجل متمتعاً بسلطته المطلقة في ان يطلق زوجته متى شاء وأراد .
غير انه أصبحت الزوجة تدفع لزوجها حين الزواج بائنة هي كل ما يدفعه لها ابوها تعويضاً عن ميراثها .
و نجد ثناً ول ديورانت عن هذا العصر فيقول : وكان الطلاق يباح ايضاً اذا تراخى الزوجان وكان هذا التراخي يعبر عنه عادة باعلانه رسمياً .

(٢) المرأة عند قدماء اليونان ص ١٢٥

(٢) قصة الحضارة ول ديورانت . ج ٢ مجلد ٢ ص ١١٦ .

المبحث الثاني

الطلاق بالانفاق لدى الرومان

مر الطلاق في الحقوق الرومانية بمراحل متعددة ففي العصر القديم كانت الطلاق مطلقا للرجل كما كان لرب الأسرة ان ينهي زواج ابنته من زوجها رغم إرادته ولو لم توافق الزوجة نفسها على ذلك^(١).

ولما جاء العصر الكلاسيكي فقد رب الأسرة سلطته في تطليق ابنته واكتسبت الزوجة هذا الحق فاصبح الطلاق حقاً للزوجين من شاء منها ان يطلق الآخر فعل ودون ان تكون هناك أسباب محدودة بما أدى الى شيوع الطلاق بكثرة بالغة .

وفي عصر الامبراطورية السفلى طرأت تعديلات هامة تحت تأثير الكنيسة ادت الى عدم اباحة الطلاق ولكنها لم تستطع ان تمنعه ولهذا فقد جاء الامبراطور قسطنطين عام ٣٣١ م وأعلن تقييد الطلاق وحصر الاسباب التي ان لم يتوفر احدها لايجوز الطلاق بدونه ولكن اثر المخالعة لم يكن يهدى الغرامة المالية بمعنى ان الزوج له ان يطلق دون مسؤولية مالية ضمن الحدود التي حددها المشرع فاذا متجاوز تلك الحدود تعرض للعقوبة المالية .

وفي جميع الحالات كان يجوز الطلاق باتفاق الزوجين حتى جاء جوستينيان فالغى الطلاق بالانفاق عام ٥٤٢ ، وحين خلفه الامبراطور جوستينيان الثاني اجازته من جديد سنة ٥٦٦^(٢) .

(١) الحقوق الرومانية للدكتور عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم بدر اوي .

(٢) بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني للدكتور صوفي ابو طالب ص ١٤٣

(٣) المرأة عند الرومان ص ٢٣٨

المبحث الثالث

الطلاق باتفاق الزوجين عند اليهود

طائفة الربانيين :

الطلاق حق للرجل يوقعه متى شاء لدى الربانيين من اليهود .
فقد جاء في المادة ٣٣٤ للربانيين : الطلاق في يد الرجل .
والمادة ٣٢٥ : قول المرأة الطلاق ليس شرطاً ومع هذا فقد قالوا
يستحسن ان يكون للطلاق سبباً والا كانت مكروهاً .
ولا مانع لدى اليهود من وقوع الطلاق باتفاق الزوجين على ان يكون
بحكم من السلطة المالية عندهم . وقد وجدت فتوى صادرة من حاخمخانة
الاسرائيليين في القاهرة في القضية رقم ٢٩ سنة ١٩٥١ احوال شخصية اجانب
جاء فيه : اذا كان الزوجان متفقان على الطلاق وتقدما باتفاق على الطلاق بينهما
فالحكم يكون بالتصديق على الاتفاق وايقاع الطلاق .
كما ان محكمة القاهرة الابتدائية اصدرت حكمها في التفريق للاتفاق بين
الزوجين في ٢١/١٠/١٩٥٨ وبما قاله انه اذا كانت شريعة ما تبيح للرجل حل
رابطة الزوجية دون توقف على ارادة الزوجة كان من البديهي القول بأن هذه
تؤيد الاعتداد بالاتفاق في مسائل الطلاق^(٢) .
ويبدو اثر هذا الاتفاق بالالتزامات المالية التي تترتب على انتهاء الزواج،

(١) القضاء للاسرائيليين حاي بن شمعون ص ٧٧

(٢) مراجع القضاء - صالح حنفي ٤٨١/٢ قضاء الطوائف المالية . احمد

صفوت ص ١١٠ .

فالطلاق في كل من الحالتين له التزام يختلف عن الآخر فقد يكون الاتفاق بين الزوجين على انتهاء الحياة الزوجية وغالباً ما يكون كذلك ليتخلص الزوج من بعض الأعباء المالية التي قد ينوء بدفعها فيما اذا اقدم على الطلاق بإرادته المنفردة . وقد يكون في هذا الاتفاق تحقيق لرغبة الزوجة في انتهاء الحياة الزوجية .

اما طائفة القرائين :

فالطلاق عندهم ليس حقاً مطلقاً للرجل يتصرف فيه كما يشاء بل لا بد له من مسوغ يقره الشرع اليهودي ، اما اذا اتفق الطرفان على الطلاق فالأمر حينئذ جائز . جاء في شعار الحضر (١) :

ان لا طلاق الا على يد الشرع بقدر ما يكون هناك من المسوغات اللهم الا اذا كان هناك توازي بين الاثنين فان المسوغات لا يتوقف الأمر عليها والحال هذه ان يطلقها ولو بلاسبب أصلاً ما دامت قابلة .

الاجتهادات القضائية :

جاء في حكم حاخا مخانة الاسكندرية (٢) : اذا تبين للمحكمة استحالة الحياة الزوجية بين الزوجين بايقاع الطلاق اجابة للطلب المتقدم منها بذلك . وفي حكم آخر (٣) : ازاء اتفاق الطرفين على وضع حد لزواج تنقصه أبسط عوامل السعادة ونظراً لما يتطلبه الأمر من اقضاء الأولاد من جو مشحون بالبغض والشقاء ترى المحكمة وجوب ايقاع الطلاق ، وعلى الزوج اتمام اجراءاته .

• • •

(١) شعار الحضر ص ١٢٩

(٢) حاخا مخانة الاسكندرية ١٩٥٣/١٢/٢١ - صالح حنفي ص ٢٥٤

(٣) حاخا مخانة الاسكندرية ١٩٥٤/١٢/٢١ - رفعت خفاجي ١١٧

المبحث الرابع

الطرق باتفاق الزوجين عند المسيحية

لاطلاق في المسيحية بمعنى ان الرجل والمرأة لا يملك احدهما فصح عرى الزوجية بل لابد من رفع الامر للقاضي للتطبيق في احوال نص عليها القانون وسنرجع الى قوازين الاحوال الشخصية ، ثم الى اجتهادات المحاكم ، ثم الى اراء الفقهاء ، وشرائح القانون واخيراً نبدي رأينا في هذا الموضوع .

١ - القوانين :

واذا رجعنا الى قوانين الاحوال الشخصية المعمول بها في مصر لغير المسلمين لانجد مادة تشير الى التفريق في حال الاتفاق بين الزوجين على الطلاق^(١).

٢ - المحاكم :

ولهذا رفضت اكثر المحاكم في مصر التطبيق باتفاق الزوجين ، فقد جاء في حكم لمحكمة استئناف القاهرة : « من حيث أنه عن الامر الاول وهو الطلاق بالتراضي فإن الشرع لدى طائفة الاقباط الارثوذكس لا يجيز للزوجين أن يتحلا من عقد الزواج بإرادتهما بل يأخذ بمبدأ التحديد القانوني لأسباب التطلاق فلا يفسخ العقد إلا بحكم ولا أسباب بعينها ، ذلك ان الكنيسة الارثوذكسية التي ينتمي اليها الزوجان تعتبر الزواج نظاماً قانونياً وان

(١) غير ان قانون الارمن الارثوذكسي نص في المادة ٣٧ : يحرم على الزوجين ان يتفقا على الطلاق .

القواعد التي يتكون منها هذا النظام انما هي قواعد أمره لا يملك الزوجان الاتفاق على مخالفتها .

ولكن محكمة الاسكندرية الابتدائية حكمت بخلاف ذلك بعد حكم استئناف القاهرة :

« متى ثبت باقرار الطرفين قيام سوء التفاهم المستمر بينهما وتصدع الحياة الزوجية واستحالتها نتيجة لذلك تعين على المحكمة التخليق ^(١) » .

٣ - الفقه :

يقول الاستاذان محمد محمود غر والفي بقطر حبشي في كتابهم الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية ^(٢) .

« . . . كذلك تحرمه ولو اتفقت إرادة الزوجين على وقوعه بتلك الوسيلة . وهذا التحريم يعتبر من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الشريعة المسيحية .

ولكن الدكتور اهاب اسماعيل يعتبر أن الاتفاق على التخليق جائز لدى شريعة الأقباط الاثوذكس باعتبار أن النفور والشقاق من الأسباب التي تبيح التخليق ، ويقول ألا يمكن ان نعتبر الاتفاق دليلاً على وقوع هذا الشقاق والنفور الذي لولا ما أدى الأمر إلى اتفاق الزوجين على انتهاء حياتهما الزوجية . ويقول : فإذا ما كانت هذا النفور قد تسبب فيه أحد الطرفين وجاز الحكم بالتخليق على أساسه ، فإنه من باب أولى يكون هذا النفور موجباً للتخليق حينما يتسبب فيه الطرفان ويقران باتفاقهما على العزوف عن الحياة الزوجية والاصرار على عدم الاستقرار فيها ^(٣) .

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٧/٣/٥ راجع صالح حنفي ٥٠١/٣

(٢) الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية ص ٢٨١

(٣) اهاب اسماعيل الطلاق لدى الارثودكس ص ٢٢٩

وقد رد الأستاذ رفعت خفاجي على الدكتور اهـاب اسماعيل (١) بقوله :
يرى اهـاب اسماعيل الاعتراف بالاتفاق كسبب من أسباب التـطليـق . ونحن نخالفه
في هذا الرأي لما هو مستقر عليه فقها وقضاء من ان الزواج عند المسيحيين على
اختلاف طوائفهم نظام قانوني وليس عقداً ، فلا يملك الزوجان الاتفاق على
مخالفة القواعد التي يتكون منها هذا النظام .

ومما يؤيد ما ذهب اليه الدكتور اهـاب اسماعيل قرار المجلس القبطي في
القاهرة في قضية ملخصها ان قبطياً ارثوذكسياً طلب التـطليـق من زوجته بسبب
اصابتها بالعمى فأجابته مجلس ملي فرعى جرجا لطلبه وحكم بطلاقه من زوجته .
ولكن المجلس الملي العام قضى غيابياً بالغاء الحكم المذكور وقال إن
زوجه دامت خمسين عاماً بين زوجين لا يجوز فـصـم عـراها لهذا السبب (٢) .

غير ان الزوجه لم ترض بالغاء الحكم وطلبت من المجلس الملي العام الغاء
حكمه فأجابها إلى طلبها ثانية وقرره وحيث ان الزوجه التي كان المجلس الملي
العام يهدف إلى مصلحتها قد تضررت من هذا الحكم ورفعت معارضة عنه
وقررت انها توافق على الطلاق بل ان مصلحتها متحققة في الحكم بالفصل لأنها
ستقيم في منزله على الرغم من هذا الحكم فيتعين إجابة الزوجه الى
طلبها والحكم بفصل الزوجين (٣) .

ولهذا فأنى أرى ان الاتفاق على انهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين في
الشريعة المسيحية أمر يجوز وان لم ينص عليه مع ملاحظة التفرقة بين مجرد
الاتفاق بين الزوجين على الفرقة فهذا لا أثر له لأنه لا يجوز الطلاق إلا بحكم
الحاكم إنما الخلاف وموضوع البحث ما إذا رفع الزوجان امرهما إلى القاضي
ليحكم لهما بالتفريق .

(١) رفعت خفاجي قضاء الاحوال الشخصية ص ١٢٩

(٢) مجلس ملي عام القاهرة تاريخ ١٦ / ١٠ / ١٩٥١

(٣) مجلس ملي عام القاهرة تاريخ ١١ / ١٢ / ١٩٥١

كما أني أرى أن مجرد وجود بعض الأسباب كالهجر والايذاء والاعتماد على أحد الزوجين وما يشبه ذلك مما نص عليه القانون يسهل كثيراً الاتفاق على الطلاق فإذا تم الاتفاق بين الزوجين على فسخ عرى الزوجية ولم يسمح القضاء بذلك كان من السهل على أحد الزوجين أن يهجر الآخر أو أن يؤذيه أو أي فعل يمكن أن يدخل تحت إحدى المواد التي تجيز التفريق ثم يتقدم الطرف الآخر بطلب الفرقة وهذا يكون الاتفاق على انتهاء الحياة الزوجية .

فضلاً عن أن القانون حين نص على الشقاق والخلاف وسوء العشرة بين الزوجين كسبب يبيح للطرف الآخر طلب التطليق فإن الاعتراف بهذا السبب اعتراف بالطلاق ضمناً لأنه ليس من المعقول أن يتفق زوجان على الطلاق إلا بعد أن تتكدر حياتهما ويستحيل استمرار العيش المشترك بينهما^(١) . ويقول الدكتور اهاب اسماعيل^(٢) : ولو أننا استبدلنا لفظ الاتفاق بلفظ إصرار الزوجين على التطليق لحيل إلى أن النظرة المعنوية ستتغير ، ويقبل بأن هذا الإصرار دليل حاسم على استحكام النفوذ وتأصيل الكراهية والحزم والتيقن من عدم توقع عودة الحياة الزوجية .

* * *

(١) جاء في المادة ٢١٤ من القانون الروماني الصادر في ١٨٦٥ والمعدل في ٢٤ مارس سنة ١٩٠٦ :

إذا اتفق الزوجان على الطلاق اعتبر التراضي دليلاً كافياً على أن المعيشة بينهما أصبحت لا تطاق
(٢) انحلال الزواج في شريعة الاقباط الارثوذكس للدكتور اهاب اسماعيل ص ٢٢٩ .

الفصل الخامس

الطلاق باتفاق الزوجين في القوانين الاجنبية

لا تجيز معظم القوانين الاجنبية الطلاق باتفاق الزوجين باعتبار ان اسباب الطلاق جاءت في هذه القوانين حصراً ولا يجوز التفريق الا بحكم القاضي بناء على تقديره لتلك الاسباب .

ولكن كما لاحظنا في اسباب التفريق لدى شريعة الاقباط الارثوذكس حين عددت اسباب الطلاق انه من الممكن ان يتفق الزوجان بالتواطؤ لا على الطلاق بل على ارتكاب احدهما جريمة الزنا او يقوم بعمل يعتبره القانون سبباً للتفريق فيطلب الطرف الآخر التفريق بسببه .

الطلاق باتفاق الزوجين في فرنسا :

عرفت فرنسا نظام الطلاق باتفاق الزوجين في تشريع عام ١٧٩٢ بعد ان انتصرت على نظم الكنيسة التي تحرم الطلاق لأي سبب كان . وفي عام ١٨٠٤ عدلت المجموعة المدنية احكام الطلاق ، وابتقت الطلاق بالاتفاق مع بعض قيود تقلل من حدوثة .

وقد جاءت هذه القيود في المواد (٢٧٥ - ٢٩٤) واهم هذه القيود :

١ - الرضا التام من الزوجين على طلب التفريق وذلك بأن يعبرا عن ارادتهما ثلاث مرات خلال تسعة اشهر انهما اتفقا على الطلاق .

٢ - موافقة اباء الزوجين على التفريق .

٣ - ضمان مستقبل الأولاد وتأمين تعليمهم .
٤ - ولا يقع الطلاق إلا بحكم القاضي بعد ان يتأكد من توافر هذه الشروط .
ومن الطبيعي ان مثل هذه القيود تجعل الطلاق باتفاق الزوجين نادر الوقوع (١) .
وفي عام ١٨١٦ الغي نظام الطلاق في فرنسا نظراً لشيوع الطلاق بشكل
مخيف جداً .

وقد أعيد في ١٨٨٤ نظام الطلاق بعد ان حذف منه الطلاق باتفاق الزوجين .

بلجيكا :

أخذت بلجيكا المجموعة المدنية الفرنسية ولا تزال تطبق نظام الطلاق فيها .
وعلى هذا فالطلاق باتفاق الزوجين لا يزال ساري المفعول في بلجيكا .
وقد وضع المشرع قيوداً عدة نذكرها فيما يلي :
م ٢٧٥ : يشترط ان يكون الزوج قد بلغ من العمر ٢٥ سنة على الأقل .
وان تكون الزوجة قد بلغت من العمر ٢١ سنة على الأقل .
م ٢٧٦ : ان تكون قد انقضت على الزواج سنتان على الأقل .
م ٢٧٧ : ان لا تكون قد انقضت على الزواج عشرون سنة .
وان لا يكون عمر الزوجة ٤٥ سنة فأكثر .
م ٢٧٨ : ان يوافق على طلب التفريق اصول الزوجين الذين على قيد الحياة .

القانون الايطالي :

قلنا ان ايطاليا احدى الدول الثلاث التي لا تجيز الطلاق ولو بحكم القاضي ،
وكل ما في الأمر ان القانون الايطالي نص على نظام الانفصال الجسماني بحكم
من القضاء ولا أسباب محددة بالمواد ١٥٢ - ١٥٣ .

(١) مرجع القضاء في تشريعات الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٣٨ .

وقد نص القانون الايطالي في المادة ١٥٨ على التفريق بالتراضي بين الزوجين اذا توافر شرطان :

- ١ - اتفاق الزوجين كتابة على التفريق بشرط ان لا يتضمن الاتفاق نصوصاً مخالفة للنظام العام او للاداب العامة .
- ٢ - تصديق المحكمة على الاتفاق .

روسيا^(١) :

لم يحدد قانون ١٩٤٤ في روسيا اسباباً للطلاق بل اعطى الامر للقاضي حيث يقدر الاسباب التي يتقدم بها احد الزوجين للطلاق . إلا انه يلاحظ ان القضاء في الاتحاد السوفييتي يسير على اعتبار اتفاق الزوجين على انتهاء الزواج قرينة قوية وحجة حاسمة على استحالة الحياة الزوجية بينهما ولهذا فان القضاء يحكم بالطلاق في اكثر الحالات التي يتبين للقاضي ان الاتفاق بين الزوجين على الطلاق بني على اساس سليمة ومعقولة يستحيل خلالها استمرار الحياة الزوجية^(٢) .

• • •

(١) مذكرات الدكتور الشرفاوي .

(٢) وهناك بعض القوانين الاجنبية اجازت التفريق بالتراضي بين الزوجين : فقد جاء في المادة ٣١٥ من القانون المدني البرازيلي : ان الانفصال بين الزوجين يجوز بالتراضي بينهما على ان يصدر حكم من القاضي بذلك . وجاء في المادة ٥٦ ف٢ من القانون اليوغوسلافي الصادر في ٩ ابريل ١٩٤٦ : اذا اتفق الزوجان على الطلاق جاز للقاضي التفريق بينهما . ونص ايضاً القانون البولندي في المادة ١٣ : يجوز الاتفاق على الطلاق على ان يكون ذلك بعد الزواج بثلاث سنوات . راجع الاحوال الشخصية للاجانب لجميل خاكي

الْبَيِّنَاتُ الرَّابِعُ

الطلاق بحكم القاضي

وهو يتضمن :

الفصل الأول — التفريق الميعوب والأمراض

الفصل الثاني — التفريق للمنفق والضرر

الفصل الثالث — التفريق للأعسار وعدم الاتفاق

الفصل الأول

التفريق للعيوب والامراض

المبحث الاول

التفريق للعيوب والامراض في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

الحياة الزوجية قوامها الالفة والمودة والمحبة ، ومن اهدافها التناسل لايجاد جيل قوي يساهم في بناء المجتمع الاسلامي .
هذه الحياة قد يطرأ عليها ما يعكر صفوها من مرض احد الزوجين بعلّة يصعب او يطول شفاؤها او يستحيل ، او قد يجد احد الزوجين صاحبه مصاباً بمرض تناسلي او منفز او مخوف لم يظهر له حين العقد فماذا يعمل حينئذ ؟ .
هل يبقى السليم مع المريض يشاطره ألم الحياة كما شاطره سعادتها وهناءها وله من الله الاجر والثواب لانه ساهم في تخفيف مصاب زوجه ؟ .
أم ان للزوج السليم اذا ما خشي انتقال العدوى من زوجه اليه أو نفر عنه نفورا يكاد يخشى عليه من الفتنة اذا ما استمر على معاشرته او انه يرغب بزواج معافى غير مريض ، هل لهذا الزوج ان يطلب التطليق من القاضي فيجيبه اذا ما ثبت ذلك ؟ .

الفرع الأول

رأي المذاهب في اصل التفريق للعيوب

في الشريعة الاسلامية ثلاثة مذاهب في التفريق للعيوب والامراض
بين الزوجين :

(١) - المذهب الاول - مذهب الظاهرية

قالوا لا تفريق بين الزوجين لعيب في احدهما .
ووافقهم على ذلك الشوكاني وصاحب الروضة الندية وهو قول عمر بن
عبد العزيز وبعض التابعين .

(٢) - المذهب الثاني - مذهب الاحناف

قالوا للزوجة ان ترد النكاح اذا وجدت بزوجها عيبا تناسليا يمنع من
الاتصال الجنسي اما الزوج فلا يملك هذا الحق .

(٣) - المذهب الثالث - جمهور الفقهاء

قالوا لكل من الزوجين حق طلب التفريق لعيب يجده في الآخر وقد
اختلفوا فيما بينهم في تعداد هذه العيوب .

أولاً — مذهب الظاهرية

قال الظاهرية لا يجوز لاي من الزوجين رد النكاح باي عيب وجدّه في زوجه الآخر مهما كان العيب سواء كان المرض تناسلياً ام كان من الامراض السارية او المنفرة .

وهو قول عمر بن عبد العزيز كما ذكر ابن رشد في بداية المجتهد^(١) .

واختاره الشوكاني في نيل الاوطار والقنوجي في الروضة الندية .

جاء في المحلى^(٢) : لا يفسخ النكاح بعد صحة بحدام حادث ، ولا يبرص كذلك ولا يجنون كذلك ، ولا بان يحد بها شيئاً من هذه العيوب ، ولا بان تجده هي كذلك ولا بعنائة ، ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب .

ويقول ابن حزم^(٣) من تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها سواء كان وطئها مرة او مراراً او لم بطأها قط فلا يجوز للحاكم ولا لغيره ان يفرق بينهما .

وجاء في نيل الاوطار^(٤) : بعد ان ذكر ادلة من قال بالتفريق للعيوب قال « ومن امنن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء » .

وجاء في الروضة الندية^(٥) : فأعلم ان الذي ثبت بالضرورة الدينية ان عقد النكاح لازم ، يثبت به أحكام الزوجين من جواز الوطء او وجوب النفقة ونحوها ، وثبت الميراث وسائر الاحكام ، وثبت بالضرورة الدينية ان يكون الخروج منه بالطلاق أو الموت . فمن زعم انه يجوز الخروج من النكاح

(١) بداية المجتهد ٣١/٢ .

(٢) المحلى ١٠٩/١٠ .

(٣) المصدر السابق ١٠٧/١٠ .

(٤) نيل الاوطار ١٥٧/٦ .

(٥) الروضة الندية ٣٢/٢ .

بسبب من الأسباب فعليه الدليل الصحيح المقتضى للانتقال عن ثبوته بالضرورة الدينية . وماذكروه من العيوب لم يأت في الفسخ بها حجة نيرة ولم يثبت شيء منها .

وهكذا نجد ان حجة أصحاب هذا الرأي انه لم يثبت شيء صحيح بالفسخ عن الصحابة ولاعن التابعين .

وقد اعلّ ابن حزم ماورد في هذا الشأن ولم يحتج به فقال :
ان الاصل بقاء النكاح ولايزول الا بدليل ولادليل هنا على إزالته .

ويقول (١) : كل نكاح صح بكلمة الله عز وجل وسنة رسوله فقد حرم الله تعالى بشرتها وفرجها على كل من سواه . فمن فرق بينها بغير قرآن أو سنة فقد دخل في صفة الذين أذلم الله بقوله : « فيعلمون منها مايفرقون به بين المرء وزوجه » .

دليل هذا المذهب :

استدل ابن حزم على رأيه بما رواه الزهري عن عروة بن الزبير أن عائشة أخبرته ان رفاعة القرظي طلق امرأته فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وانه الله مامعه الا مثل هذه الهدبة واخذت هدبة من جلبابها . فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لعلك تريدن أن ترجعي الى رفاعه؟ .. لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك .

قال ابن حزم : فهذه تذكر أن زوجها لم يطأها وان احليله كالهدة ،

(١) المحلى ١٠/٦١ .

لا ينتشر اليها وتشكو ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وتريد مفارقتها فلم يشكها ولا اجل لها شيئاً ولا فرق بينهما .

• • •

مناقشة ابن حزم :

لادليل لابن حزم الا في هذا الحديث الذي أورده ، ولكن لو امعنا النظر في الحديث المذكور نجد انه لا حجة له فيه ، فقد جاء ذكر الحديث ليبيان حكم شرعي بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها الا بعد زوج آخر ، يطأها وتذوق من عسيلته وتذوق من عسيلتها .

فعبد الرحمن بن الزبير طلق امرأة رفاعة ثم جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم لالتشكو من عبد الرحمن بل تستقي النبي عليه السلام بالرجوع الى زوجها رفاعة الذي طلقها ثلاثاً .

فقد اخرج مالك في الموطأ : ان رفاعة طلق امرأته تميمه بنت وهب في عهد رسول الله ثلاثاً فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فأعرض عنها فلم يستطع أن يمسه ففارقها فأراد رفاعه ان ينكحها وهو زوجها الاول فقال صلى الله عليه وسلم أتريدن أن ترجعي الى رفاعه لا . . . حتى تذوقي من عسيلته وتذوق من عسيلتك (١) .

وبما انرى أنه لا وجه للاستدلال بهذا الحديث لانها لم تطلب الفسخ من عبد الرحمن انما طلبت العودة الى رفاعه . فبين النبي عليه السلام حكم العودة للمطلقة ثلاثاً ، ومنه أخذ الفقهاء ان مجرد العقد لا يكفي في عودة المطلقة ثلاثاً

(١) مهمل السلام ٣/ ١٨٢ .

ألى زوجها الأول (١) .

وقال ابن عبد البر بعد ان ذكر الحديث : « قد صح أن ذلك كان بعد طلاقه (٢) » .

شرط السلامة من العيب :

غير ان ابن حزم قال اذا شرط احد الزوجين السلامة من العيوب فالشرط صحيح ولازم فاذا ظهر للمشتروط خلاف ما شرط فالعقد باطل .
جاء في المحلى (٣) : فان اشترط السلامة في عقد النكاح ، فوجد عيباً أي عيب كان فهو نكاح مفسوخ مردود لاختيار له في اجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقه ، دخل أو لم يدخل لان التي ادخلت عليه غير التي تزوج ، ولأن السلامة غير المعيبة بلا شك فاذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما (٤) .

ملاحظاتنا حول هذا النص :

١ - اعطى حق الاشتراط للزوج دون الزوجة وهي تفرقه لامبرها في رأينا بل على العكس فانتا نرى ان اعطاء هذا الحق للزوجة اولى لأنها لا تملك الطلاق .

٢ - اعتبر مخالفة الشرط في النكاح بطلان للعقد من أصله بحيث لا يقبل الاجازه ولو قبل النكاح .

(١) وقد روى عن سعيد بن المسيب ان مجرد العقد على المطابقة ثلاثاً يكفي لمودتها زوجها الاول . وهو رأي مخالف للاجماع .

(٢) كشف القناع ٨٢/٥ .

(٣) المحلى ١١٥/١٠ .

(٤) قارن هذا وما جاء في فتح القدير ٢٦٧/٣ - لو شرط وصفاً مرغوباً فيه كالمذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيباً عجوزاً شوهاً ، ذات شق مائل ولعاب سائل وانف هائل وعقل زائل لاختيار له في فسخ النكاح .

وهذه مبالغة فان الزوج قد يرى العيب في زوجته ذيعجبه مثلاً فيسكت
فلماذا نعتبر العقد باطلاً ولا نعطيه حق الخيار ان شاء أمسك زوجته وان شاء
فسخ العقد .

٣ - واخيراً فالتنازى قياساً على قاعدة الشروط : ان الشرط الملحوظ
كالشرط الملحوظ حسب ماذهب اليه الحنابلة ، والمعروف عرفاً كالمشروط
شرطاً على ماذهب اليه جمهور الفقهاء . وعلى هذا فان الزوج حين يتزوج فالمعروف
انه يشترط السلامة في العيوب المنفرة والسارية او من كل عيب يعتبر فيه العرف انه
منفر ، فتخرج على هذا النص واستنباطاً لما جاء فيه نستطيع القول بأن العيوب
التي ينفر منها الطبع والحس عيوب موجبة للتفريق .

• • •

مأنيأ — مذهب الاحناف

قال الاحناف : اذا وجدت الزوجة زوجها مصاباً بأحد الأمراض التناسلية التي تحول دون الاتصال الجنسي فلها حق طلب التفريق من القاضي ، وهذه العيوب هي :

العنة ، الجب ، الحصى ، الجنونة ، التأخذ ^(١) ، وقصر بعضهم التفريق على العيوب الثلاثة الاولى فقط .

وقد أضاف الامام محمد عيوباً أخرى كالجنون والجذام والبرص .
قال في ملتقى الاجر ^(٢) : ولا خيار لها ان وجدت به جنوناً أو برصاً خلافاً لمحمد .

ولا خلاف في المذهب الحنفي ان حق الرد بها العيوب هو حق خاص بالزوجة .

وعمل الكاساني ذلك في البدائع فقال ^(٣) : لأنها لا تملك الطلاق فتعين الفسخ طريقاً لدفع الضرر . فلو وجد الزوج في زوجته عيباً تناسلياً يمنعه من الوصول اليها لا يجوز له التفريق بسببه فان شاء ابقى زوجته وله الاجر على فعله وان شاء طلق باحسان .
قال في المبسوط ^(٤) : لا يرد الرجل امرأته عن عيب فيها ولو كان فاحشاً

(١) البدائع ٣٢٧/٢ .

(٢) ملتقى الاجر ٤٧١/١ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) المبسوط ٩٧/٥ .

أما له الخيار ان شاء طلقها وان شاء أمسكها .

ودليل ابي حنيفة وابي يوسف في حصر العيوب التي تبيح للزوجة حق التفريق بالعيوب التناسلية :

(١) اجماع الصحابة على التفريق للعنة والجب . وانها عيوب تحول دون تحقيق غرض النكاح .

قال الزيلعي ^(١) : وفي الجب والعنة اجماع الصحابة ولا يمكن القياس عليها لانها يعدمان المقصود من النكاح وهو قضاء الشهوة والتوالد والتناسل ، وغيرهما من العيوب لا يعدمه بل يخل به .

(٢) لا ضرر ولا ضرار فان في امساك الزوجة دون الوصول الى حقها المشروع في الجماع ضررا قاباه الشريعة التي جاءت لتحقيق مصالح العباد .
قال في البدائع ^(٢) : ان الخيار في تلك العيوب ثبت لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد .

(٣) ان الغاية من الزواج التناسل فقد قال عليه السلام : «تناكحوا تناسلوا» فجعل الرسول الكريم التناسل ثمرة الزواج فاذا كان الزوج معيباً بعيب يمنع الاتصال الجنسي فانت ثمرة النكاح ، فوجب الفراق اذا ما طلبت الزوجة ذلك .
يقول استاذنا الجليل الشيخ محمد ابو زهرة ^(٣) :

اقتصر الشيخان على العيوب الجنسية دون غيرها : العنة والخصي والجب لان الغاية من الزواج حفظ النسل فاذا لم يكن الرجل صالحا لذلك فقد اصبح

(١) الزيلعي ٢٠/٣ .

(٢) البدائع ٣٢٧/٢ .

(٣) الاحوال الشخصية قسم الزواج ص ٣٥٤ .

تنفيذ العقد مستحيلاً فلا جدوى في بقاءه ، ولأن البقاء مع ذلك ضرر بالمرأة لا يقبل الزوال ولا طريق للتخلص منه الا بالتفريق .

ونلاحظ على توجيه استأنا ان هذا يتفق مع ما عرّف به الفقهاء عقد النكاح بأنه عقد يرد على المتعة الجنسية قصداً . ونحن لانوافق على هذا التعريف لأن للزواج غايات مثلى غير المتعة الجنسية ، وان كان الاخصان والعفة هي من ضمن اهداف الزواج في الواقع ولكنها ليست محل العقد حتى يستحيل تنفيذه اذا لم توجد .

• • •

ثانياً — مذهب الجمهور

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والجعفرية والاباضية الى ان حق التفريق للعيوب هو حق مشترك الزوجين فلكل منهما اذا وجد بصاحبه عيباً فله حق طلب التفريق ^(١) .

وقد اختلفت هذه المذاهب قليلاً بتعداد هذه العيوب ونحن سوف نذكرها بايجاز دون شرح لها ، ومن اراد الاطالة فعمليه الرجوع الى مصادرها .

مذهب المالكية

قال الخرشي ^(٢) : العيوب ثلاثة أقسام :

(١) مشتركة بين الزوجين : الجنون والجذام والبوص والعديطة (الخراءة عند الوطء) والحنثي .

(٢) خاصة بالرجل : الجب والخصاء والعنة والاعتراض .

(٣) خاصة بالمرأة : الرثق والقرن والعضل والافضاء والبخر .

وقال الشافعية في الوجيز ^(٣) :

يثبت للزوج حق الرد بالعيوب الخمسة : فلكل واحد من الزوجين الخيار بالبوص والجذام والجنون .

ويثبت لها بجبهه وعنته ، وله برتقها وقرنها .

(١) وقال الاحناف اذا حكم القاضي بالفسخ صح حكمه . المنتقى شرح الملتقى ١/٢٧٤

(٢) شرح الخرشي ٢/٧٣٠ .

(٣) الوجيز ٢/١٨ وقال في المنهاج : اذا وجد احد الزوجين بالآخر جنونا ولو متقطعا او جذاما او برصا او وجدها رثقاء او قرناء او وجدته عتيقا او مجبوتا ثبت في فسخ النكاح . تحفة المحتاج ٧/٣٤٦ .

وقال الحنابلة في المغني^(١) :

واي الزوجين وجد بصاحبه جنونا او برصاً او كانت المرأة رتقاء ، او قرناء
او عقلاء ، او فتقاء ، او الرجل مجنوناً ، فلمن وجد ذلك منها بصاحبه الخيار في
فسخ النكاح .

وقال الزيدية في المنتزع المختار^(٢) .

العيوب المشتركة : الجنون والجذام والبرص والرق وعدم الكفاءة .

العيوب الخاصة بالزوجة : الرتق والقرن والعقل .

العيوب الخاصة بالرجل : الجب والحشاء والسل (سل الخصيتين)^(٣) .

وقال الجعفرية في اللمعة الدمشقية^(٤) :

العيوب خمسة : الجنون والحشاء والجب والعنة والجذام .

وقال الاباضية في شرح النيل^(٥) في تعداد العيوب :

الجنون والمعنوه ... وكذلك البرص والعنة والجذام والعقل والرتق .

• • •

(١) المغني ٥٩٧/٧ .

(٢) المنتزع المختار ٢٩٥/٢ .

(٣) ويلاحظ انهم لا يذكرون العنة من الاسباب الجبزة للفسخ .

قال في التاج المذهب ٦٦/٢ : لا يفسخ باعنة وهو المذهب .

وقال المؤيد بالله وزيد بن علي والصادق والباقر والنفس الزكية والناصر : ويفسخ

العنين . وحجتهم حديث امرأة رفاعه كما جاء في المحلى ٨٣/١٠ .

(٤) اللمعة الدمشقية بشرح الروضة البهية ١٢٤/٢ .

(٥) شرح النيل ٢٤٤/٣ .

ادلة الجمهور

(١) ما رواه أحمد في مسنده (١) :

إن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار (٢) فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفراش ابصر بكشعها بياضاً ، فانحاز عن الفراش ثم قال : خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما أتاها شيئاً (٣) .

وفي رواية أخرى أكثر دلالة : أنه صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فلما دخلت عليه رأى بكشعها بياضاً واضحاً فردها الى أهلها وقال : دلستم علي (٤) .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث ان العيب اذا وجد بالمرأة ، فللزواج حق الخيار كما وجد النبي صلى الله عليه وسلم البرص بمن تزوجها فردها الى أهلها ، لان العيب مما تنفر منه النفوس ، والزواج شرع للمحبة والمودة بين الزوجين .

وما دام رسول الله رد زوجته لعيب البرص فيها فكل عيب يشترك مع البرص في علته فيجوز الرد به .

(١) متفقى الاخبار من احاديث سيد الاخبار . ١٥٦/٦ وقد ذكر ان احمد رواه .

(٢) المهذب ٢/٥٠ .

(٣) رد الاخفاف هذه الرواية بقولهم : ان معناها لا يخرج عن كونه طلاقاً . قال في في البدائع ٣/٣٢٧ : والصحيح من الرواية انه قال لها الحفي بأهلك وهذا من كنايات الطلاق عندنا . كما رد ابن حزم في المحلى على هذا الحديث بأن في مسنده جميل بن زيد وهو متروك . والحديث مرسل ١٠/١١٥ .

(٤) معني المحتاج ٣/٣٠٢ سبل السلام ٣/١٨٠ .

(٢) ما رواه البخاري (١) .

روى البخاري عن النبي عليه السلام أنه قال : « فرّ من المجذوم فرارك من الأسد » . والفسخ طريق الفرار ولو لزم النكاح مع الجذام لما أمر بالفرار . ولهذا قالوا ان الجذام من العيوب التي تعطى للسليم من الزوجين الحلق في طلب التفريق لان النبي عليه السلام امرنا بالفرار من المجذوم وهل من فرار الا الفرقه ؟ (٢) .

وقد روى عن عمر انه رأى مجذومة تطوف بالبيت فقال لها : يا امه الله لا تؤذي الناس لو جلست في بيتك (٣) .

وروي عن النبي عليه السلام انه لما قدم عليه مجذوم يبايعه ارسل اليه بالبيعة ولم يأذن له في دخول المدينة (٤) .

(٣) ما رواه بعض الصحابة والتابعين :

عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب قال : ايما رجل تزوج امرأة فدخل بها فوجدها برصاء أو مجنونة فلها الصداق بمسه اياها ويرجع على من غره (٥) .

وعن علي : ايما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرف فزوجها بالحيار ما لم يمسه ان امسك وان شاء طلق (٦) .

وعن الشعبي في الذي يجد امرأته برصاء أو مجنونة أو مجذومة أو ذات قرن ان دخل بها فلها مهرها . وان علم قبل الدخول ان شاء أمسك وان شاء فارق بغير طلاق (٧) .

(١) مغني المحتاج ٣/٢٠٣ .

(٢) وكذلك فسر الاحتاف الفرار هنا بالطلاق . قال في فتح القدير : ٣/٢٦٧ - ولو ثبت الحديث بأمان الذي اراده الشافعي فالفرار يفسر ايضاً بالطلاق .

(٣) شرح المواق علي خليل ٣/٤٩٧ .

(٤) فتاوى ابن تيمية ٤/١٠٦ .

(٥) الام ٥/٧٦ .

(٦) المحلى ١٠/١١٠ .

(٧) المصدر السابق ١٠/١١٠ .

الفرع الثاني

هل العيوب التي أوردها الفقهاء جاءت على سبيل الحصر؟...

إذا وجد عيب بأحد الزوجين لم يرد ذكره في كتب الفقهاء فهل يجوز للطرف الآخر أن يطلب التفريق لأجله إذا استعصى شفاؤه أو كان من الأمراض السارية التي يخشى انتقالها إليه أو إلى أولاده؟... وبعبارة أخرى هل ما نقله إلينا في كتب المذاهب المختلفة التي أجازت التفريق للعيوب جاء على سبيل المثال في قياس غيره عليه أم جاء على سبيل الحصر بحيث لا يقاس غيره عليه؟...

إذا نظرنا إلى ظاهر النصوص نجد أن جمهور الفقهاء قالوا بحصر هذه العيوب بما عدوه منها وما ذكروه ، ولكن لو أمعنا النظر في تعليلاتهم لهذه الأمراض والعيوب لقلنا أنها ليست محددة بل يجوز القياس عليها .

ومع هذا فقد جاء فريق من الفقهاء وذكر صراحة أن العيب إذا وجد بأحد الزوجين وكان بما لا يستطيع به استمرار الحياة الزوجية ما دام شريكه مريضاً بهذا المرض فله حق طلب التفريق من القاضي وعليه أن يفرق بينهما . وعلى هذا فمن بحث رأي من قال بعدم الحصر ثم تأتي بأقوال جمهور الفقهاء الذين نصوا صراحة على أنه لا رد بغير تلك العيوب التي أوردوها ثم تناقش مذهبوا إليه وما نستنبطه من آرائهم المختلفة في شتى مؤلفاتهم .

...

من قال من الفقهاء بعدم حصر العيوب

قال بعض الزيدية، وبعض الحنابلة : الى ان كل عيب ينفر منه الزوج او الزوجة يحق للسليم منها ان يطلب التفريق .
وهو قول الزهري : يرد النكاح من كل داء عضال .
وقول ابي ثور ومعر (١) .

وقال الامام محمد من الحنفية الى انه يحق للزوجة ان تطلب التفريق من زوجها اذا وجدت به اي عيب لا تستطيع الحياة معه بوجوده . - وهذا على ما حققناه من مذهبه . -

ومن الزيدية قال القاضي حسين بعدم حصر العيوب التي تجيز لاحد الزوجين التفريق بسببها .
فقد جاء في المنتزع المختار (٢) :

وقال القاضي حسين : انها غير منحصرة بل مامنع من توفان النفس وكسر الشهوة فانه يرد به النكاح .

ومن الحنابلة : ذهب ابن تيمية وابن القيم وابو البقاء العكبري الى رد النكاح بجميع العيوب المنفردة .
وقال ابن تيمية في الاختيارات العلمية (٣) : وترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع .

(١) المحلى ١١٢/١٠ روى من طريق عبد الرزاق عن معمر قال في هذه العيوب في النكاح : ما كان يشبهها فهو مثلها .

(٢) المنتزع المختار ٢/٢٩٣ .

(٣) الاختيارات العلمية ص ١٣١ .

وقال ابن القيم في زاد المعاد (١) .

« واما الاقتصار على عييين او ستة او سبعة او ثمانية دون ما هو أولى منها ، أو مساو لها فلا وجه له . فالعمى والحرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين والرجلين أو احدهما أو كون الرجل كذلك من اعظم المنفرات والسكوت عنه من اقبح التدليس والغش وهو مناف للدين .

ويقول : والقياس : ان كل عيب ينفر الزوج الآخر منه لا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة توجب الحيار .

ويقول : وكيف يمكن احد الزوجين من الفسخ بقدر العدسة من البرص ولا يمكن منه بالجرب المستحكم المتكهن وهو اشد اعداء من ذلك البرص اليسير ، وكذلك غيره من أنواع الداء العضال .
وجاء في الانصاف (٢) :

وقال ابو البقاء العكبري : « يثبت الحيار بكل عيب » حتى انه بالغ كثيراً فقال :

« لو ذهب ذاهب الى ان الشيوخوخة في احدهما يفسخ بها : لم يبعد » .

• • •

(١) زاد المعاد ٤/٤٣ .

(٢) الإنصاف ٨/١٩٨ .

مذهب الامام محمد من الحنفية

ذكرت معظم كتب الفقه الحنفي ان الامام محمد آخالف ابا حنيفة و ابا يوسف في التفريق للعيوب حيث اضاف ثلاثة فقط هي الجنون والجذام والبرص فاذا وجد احدها بالزوج فالزوجة ان تطلب التفريق لاجلها ، اما اذا وجدت بالزوجة فلا يملك حق التفريق لانه يملك الطلاق .

جاء في فتح القدير ^(١) : ولها هي الحيار بعيب فيه من الثلاثة : الجنون والجذام والبرص . ومثل ذلك ما جاء في حاشية ابن عابدين ^(٢) .

وذكر في البحر الرائق ^(٣) : « ان الامام محمد آخالف ابا حنيفة و ابا يوسف بالجذام والبرص والجنون اذا كانت بالزوج فتخير المرأة . »

وقد نقلت اكثر الكتب الحديثة على ان مذهب الامام محمد الحصر في هذه العيوب بحيث لو وجد عيب آخر بالزوج لامتلك الزوجة حق طلب التفريق لاجله ما عدا العيوب التناسلية المتفق عليها في المذهب .

غير اني حققت في هذا الموضوع فتبين لي ان مذهبه عدم الحصر .

ولم أر من شراح قانون الاحوال الشخصية في مصر وسورية من تعرض لتحقيق مذهب محمد اللهم الا ما كتبه استاذنا الدكتور مصطفى السباعي في شرحه الاحوال الشخصية ^(٤) في سورية وقد ذكر ذلك ايضاً الدكتور محمد سلام مدكور في كتابه المدخل الفقهي ^(٥) .

(١) فتح القدير ٢٦٧/٣ .

(٢) ابن عابدين ٦١٣/٢ .

(٣) البحر الرائق ١٣٧/٤ .

(٤) شرح الاحوال الشخصية للدكتور السباعي ص ١٦٦ .

(٥) المدخل الفقهي للدكتور مدكور ص ٦٩٣ .

تحقيق مذهب محمد في التهرب من العيوب

جاء في المحيط ^(١) :

قال محمد رحمه الله : والمرأة الحيار في الجنون والجذام وكل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر .

الا ترى انه يثبت لها الحيار في الجب والعنة .

وجاء في السراج الوهاج ^(٢) قال الكرخي : العيوب الموجودة في الزوج لا تثبت الحيار للمرأة عند ابي حنيفة وابي يوسف الا الجب والعنة والخصاء .

وقال محمد : الجنون والجذام ايضاً وكل عيب لا يمكن المقام معه الا بضرر . وجه قول محمد : ان المرأة يلحقها الضرر بالمقام مع الجنون اكثر مما يلحقها بالمقام مع العنين فاذا ثبت لها الحيار في العنة فهنا اولى .

وفي البدائع ^(٣) :

وقال محمد : خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط للزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح .

وحجة محمد : ان الحيار في العيوب الخمسة (التناسلية) انما ثبت لدفع الضرر عن المرأة وهذه العيوب في الحاق الضرر بها فوق تلك لانها من الادواء المتعدية عادة فلما ثبت الحيار بتلك فلان يثبت بهذه اولى بخلاف ما اذا كانت هذه العيوب بجانب الزوجة .

(١) من نفائس المخطوطات العربية في مكتبة الازهر رقم ٣٤٨٨ .

(٢) السراج الوهاج للامام الحدادي وهو من مخطوطات المكتبة الازهرية القيمة (٣٧١) ٧٥٥٣ (٥٤٨٠٨) .

(٣) البدائع ٣٢٧/٢ .

وجاء في تبين الحقائق^(١) :

وقال محمد رحمه الله ترد المرأة اذا كان بالرجل عيب فاحش بحيث لا تطبق
المقام معه لانها تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان كالجلب والعنه .
وفي فتح المعين^(٢) :

قال محمد رحمه الله لها الخيار اذا كان بالزوج عيب فاحش لا تطبق المقام
معه لانها تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجلب والعنه .
ونقل صاحب در المنتقى عن القهستاني قوله :^(٣)

« انها تتخير عند محمد بكل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر .
كما نقل هذا عن القهستاني الطحطاوي^(٤) .
والحق بها القهستاني كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر .
وجاء في المبسوط^(٥) :

وعلى قول محمد لها الخيار اذا كان على حال لا تطبق المقام معه لانه تعذر
عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوا أو عنيماً .

(١) تبين الحقائق ٢٥/٣ .

(٢) حاشية أبو السعود على منلا مسكين ١٤٣/٣ .

(٣) مجمع الأنهر وفي حاشية الدر المنتقى ٤٧١/١ .

(٤) الطحطاوي على الدر ٧١/٢ .

(٥) المبسوط ٩٧/٢ .

من قال بحصر العيوب الموجبة للتفريق

قال جمهور الفقهاء الذين اجازوا التفريق للعيوب والامراض ان ذكر هذه العيوب جاء على سبيل الحصر فلا يقاس غيرها عليها .

غير اننا اذا رجعنا الى التعليل الذي ذكره سبباً للتفريق من جهة والى اضطراب النقل في تعداد هذه العيوب في مختلف كتب المذاهب التي اجازت ذلك من جهة اخرى لنبين لنا خلاف ذلك :

وها نحن نستعرض نصوص الفقهاء التي نصت على عدم الحصر ثم نذكر علة التفريق من كتبهم ايضاً .

(١) نصوص الفقهاء في حصر العيوب :

الشافعية

جاء في الام^(١) : « ولا خيار في النكاح عندنا الا من اربع . »
وفي مغني المحتاج^(٢) : بعد ان ذكر العيوب التي تجيز التفريق قال :
واقصر المصنف (يعني النووي) على ما ذكر من العيوب يقتضي انه لا خيار فيما عداها .

(١) الام ٧٥/٥ .

(٢) مغني المحتاج ٢٠٢/٣ .

الملائكية :

جاء في بداية المجتهد^(١) : واتفق مالك الشافعي على أن الرد يكون من اربعة عيوب ... واختلف اصحاب مالك في العلة التي من اجلها قصر الرد على هذه العيوب .
وقد نقل ابن حزم عن مالك انه قال : لا رد الا من العيوب الاربعة^(٢)

الحنابلة :

جاء في الفروع^(٣) : ولا فسخ لاحد بغير هذه العيوب المذكورة .

الزيدية

جاء في المنتزع المختار^(٤) : والجمهور ان عيوب النكاح منحصرة .
وجاء في المجموع^(٥) : يرد النكاح من اربع : من الجذام والجنون والبرص والعنه .

الجعفرية :

جاء في اللمعة الدمشقية^(٦) : العيوب خمسة : الجنون والحصاء والجب والعنه والجذام .

الاباضية :

جاء في شرح النيل^(٧) : ولا رد بغير تلك العيوب .

(١) بداية المجتهد ٣٢/٢

(٢) المحلى ١١٢/١٠ .

(٣) الفروع ٧٣/٣ .

(٤) المنتزع المختار ٢٩٥/٢ .

(٥) المجموع الفقهي ٧٧/٤ .

(٦) اللمعة الدمشقية ١٢٤/٢ .

(٧) شرح النيل ٢٤٤/٣ .

٢) تعليل الفقهاء التفريق للعيوب :

الشافعية :

يقول الشافعي في تعليل الرد بالجدام والبرص لان كلا منهما يعدي الزوج ويعدي الولد .

ويقول كما نقل صاحب مغنى المحتاج^(١) : « ان الجدام والبرص نما يزعم اهل العلم والطب والتجارب انه يعدي كثيراً وهو مانع للجماع لا تكاد نفس احد تطيب ان يجامع من هو به ، والولد قل ما يسلم منه فان سلم ادرك نسله . فهذا النص يفيدنا : — ١) ان كل مرض قل عنه الاطباء انه يسري الى غير المريض بالعدوى يجوز به التفريق .

٢) وكل ما يمنع الجماع فهو كذلك .

٣) اذا كان المرض منفراً لاحد الزوجين فلاآخر طلب الفسخ .

المالكية :

قال ابن رشد في بداية المجتهد^(٢) :

واختلف اصحاب مالك في العلة التي من اجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة ف قيل لان ذلك شرع غير معلل .

وقيل لان ذلك مما يخفى وبجمل سائر العيوب على انها بما لا تخفى .

وقيل لانها يخاف سرايتها الى الابناء . وعلى هذا التعليل يرد بالسواد

والفرع وعلى الاول يرد بكل عيب اذا علم انه بما خفى على الزوج .

ومن هذا النص نرى ١) انه يمكن ان نعتبر كل مرض من الامراض

(١) مغنى المحتاج ٣/٢٠٣ ونقل مثل ذلك المزني في مختصره ٥/٤ .

(٢) بداية المجتهد ٣١/٢ .

السارية التي تنتقل الى الغير بواسطة العدوى سبباً مبرراً للتفريق بين الزوجين على التعليل الثالث .

(٢) وعلى التعليل الثاني ايضاً يمكن ان نعتبر سائر العيوب المنفرة والسارية في الزوجة سبباً للتفريق بين الزوجين اذا كان الزوج السليم لا يعرف بها . وسوف نرى ان من جملة شروط الفسخ بالعيوب الا يكون السليم على علم بها فلا مجال اذن لجعله علة .

وقال الحرشي :^(١) ان تلك العيوب بما تعافها النفوس ، وتنقص الاستمتاع ، او لانها تسري الى الولد ، او لان الجذام او المجنون شديد لا يستطيع الصبر عليه . ويقول المواق :^(٢) قال التميمي في الجذام : ترد المرأة به وان كان قليلاً لانه يخشى حدوثه بالاخر وقل ما سلم الولد وان سلم كان في نسله .

هذا فضلاً عما جاء في مؤلفات المالكية من تعداد للعيوب بشكل واسع حتى عد الحرشي بخز الفم أو الانف عيباً يرد به النكاح^(٣) .

الحنابلة :

وجاء في المغني^(٤) : اختص الفسخ بهذه العيوب لانها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فان الجذام والبوص يثيران نظرة في النفس ويخشى ضرره والجب والرتق يعمذر معه الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وفأذنه . .

ومن هذا النص يمكن ان نستخلص ايضاً النتائج التالية :

(١) كل عيب يمنع المقصود من الاستمتاع . اي كل عيب جنسي .

(١) شرح الحرشي ٧٥/٣ .

(٢) شرح المواق علي حليل ٤٨٤/٣ .

(٣) شرح الحرشي المصدر السابق .

(٤) المغني ٥٧٩/٧ .

(٢) كل عيب سبب نفرة في النفس وخشي تعديه الى النسل اي العيوب
المعدية السارية .

(٣) كل ماخشي منه الضرر كالجنون .

ثم نحن اذا رجعنا الى كتب الخنايلة نرى انهم توسعوا في تعداد العيوب
حتى تكاد نقول انهم لم يتركوا عيباً عرفوه في زمانهم الا وذكروه .

قال في الانصاف^(١) : واختلف اصحابنا في البخر واستطلاق البول والقروح
السياله في الفرج والناسور والباسور والحصى والسل (رض الحصىتين)
وفي كونه خنثي ... هل يثبت الخيار ؟ على وجهين .

الزبديّة :

وكذلك فان الزبديّة على الرغم من ان جمهورهم ذهب الى ان العيوب
منحصرة فان كتبهم اضطربت في تعداد هذه العيوب بما تستطيع القول انها
غير منحصرة .

جاء في البحر الزخار . بعد ان ذكر العيوب وانها منحصرة - قال الشارح :
وكذا لها ان تمنع نفسها اذا كان قد ظهر بالزوج داء الزهري^(٢) .

ونقل في الروض النضير عن علي عليه السلام : ان رجلاً تزوج امرأة
فوجدته عذيوطاً فكهرته ففرق بينها^(٣) .

وقال في المنتزع المختار نقلاً عن الانتقاء : المختار انه يرد (النكاح)
بالجنون لما فيه من الوحشة والتنفير^(٤) .

(١) الإنصاف ١٩٥/٩ .

(٢) البحر الزخار ٦٠/٣ .

(٣) الروض النضير ٨٠/٤ .

(٤) المنتزع المختار ٢٩٥/٢ .

الجعفرية :

واما الجعفرية فقد اختلف النقل في كتبهم في تعداد العيوب المجيزة للفسخ اختلافاً
يدعون ان نقول كما قلنا سابقاً بأنه لا حصر عندهم للعيوب . فضلاً عن تعليلهم
للفسخ بالعيوب انها من الامراض المؤذية المنفرة .
فقد جاء في قواعد الاحكام للحلي^(١)

قال ابن البراج في التهذيب : ان البرص والجذام مشترك بين
الرجل والمرأة :

- ١ - لعموم قول الصادق انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون
- ٢ - ولانه يؤدي الى الضرر اذ هو من الامراض المؤذية .
- ٣ - ولانتفاء شهوة الجماع معه .
- ٤ - ولانه عيب في المرأة ففي الرجل أولى اذ الرجل له سبيل الى التخلص
بالطلاق دون المرأة .

ويقول صاحب اللمعة الدمشقية : ان العيوب خمسة : الجنون والخصاء
والجب والعنه والجذام^(٢) .

ثم يقول الشارح : واعلم ان القائل يكونه عيباً (الجذام) في الرجل الحق
به البرص لوجوده معه في النص الصريح .

وشاركه له في الضرر والاضرار والعدوى فكان ينبغي ذكره معه .

وفي التهذيب^(٣) عن ابي جعفر قال : تود البرصاء والعمياء والعرجاء .

وزاد في من لا يحضره الفقيه^(٤) : والجذماء .

(١) قواعد الاحكام للحلي ٣٣/٢ .

(٢) الروضة البهية ١٢٤/٢ .

(٣) التهذيب ٢٣٢/٢ .

(٤) من لا يحضره الفقيه ص ٣٢٣ .

وقال الكليني^(١) : وعن أبي عبد الله ترد البوصاء والمجنونة والمجنومة .
وجاء في المختصر النافع : ان عيوب الرجل اربعة وعيوب المرأة سبعة^(٢) .
وقال : عيوب الرجل : الجنون والحشاء والعنة والجب .
وعيوب المرأة الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والاقعاد .

* * *

(١) الكليني ٢٩/٣ .

(٢) المختصر النافع ص ٢١٠ .

هل يعتبر عقم أحد الزوجين سبباً لطلب التفريق بينهما؟

قلنا ان العيوب التي تجيز طلب التفريق بين الزوجين اما ان تكون جنسية او منفرة او مخوفة ، فهل العقم من هذه الانواع ؟ ..
يبدو ان العقم الذي هو عبارة عن العجز عن الانسال مع استكمال المتعة الجنسية بين الزوجين يختلف عن تلك الانواع ؟ ..^(١)

ولكن إذا لاحظنا ان غاية الزواج وهدف الزوجين هو اسمى من ان يكون متعة جنسية لاثرة لها ، بل ان في جعل الزواج في هذه المنزلة نزولا به عما وضعه الله فيه ، وحيث رفعه ، فالزواج في الاسلام وسائر الشرائع عقد مقدس باركته السماء ليكون نواة لآسرة طيبة ، فاذا تعذر تحقيق ذلك كما لو كان احد الزوجين عقيماً فأن امل كل منها قد تلاشى حيث كان يرغب في ان يرى له بنين هم زينة الحياة الدنيا .

إذا لاحظنا ذلك وجدنا ان العقم لا يقل أهمية عن سائر العيوب ان لم يكن من اعظمها شأنًا .

إن من الظلم الذي لا يرضاه الاسلام ان تعيش الفتاة صباها دون ان ترى

بين ذراعيها طفلاً تداعبه وتلاعبه اسوة ببقية النساء ، وليس في تحقيق رغبتها في التفريق ضرراً على الزوج ، اذ كثيراً ما يحدث ان يتفرق الزوجان فيتزوج كل منهما غير صاحبه فيكون التوالد والانسال حتى من الطرف العقيم ، أفلا يعد التفريق في هذه الحالة مصلحة مؤكدة للزوجين والاسرتين والمجتمع ؟ .

(١) يمكن ان نعتبر العقم بعكس العنين فالاول يتوافر فيه المتعة الجنسية كاملة دون انسال بينما العنين قد يكون قادراً على الانسال دون الجماع .

وبالرغم من احدى لم يتعرض لهذا الموضوع - في حدود ما اطلعت عليه -
فاني ارى ان عقم احد الزوجين سبب مبرر للتفريق ودليلي في هذا :

١ - ما رواه ابن سيرين ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلاً على
بعض السعاية فتزوج امرأة وكان عقيماً فقال له عمر رضي الله عنه : اعلمتها أنك
عقيم ؟ .. قال : لا ... قال : انطلق فأعلمها ثم خيرها .

ووجه الاستدلال ان عمر ابن الخطاب اعتبر السكوت عن العقم تدليلاً
لا يصح اخفاؤه ، ولهذا امره ان يذهب لزوجته ويخبرها بأنه عقيم ويخبرها فان
شاءت البقاء وان رغبت بالفراق فليفارقها ^(١) .

٢ - وقد نقل الغزالي في الاحياء في آداب النكاح آثاراً واحاديث تحت على
تفضيل من تلد من النساء على غيرها وذلك لانجاب الاولاد .

فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان ينكح كثيراً ويقول إننا نكح الولد .

وقال عليه السلام : خير نسائكم الولود الودود .

وقال ايضاً : سوداء ولود خير من حسناء لا تلد ^(٢) .

وهذه كلها وان كانت من قبل التفضيل ولكنها تعطينا فكرة عن أهمية
التوالد بين الزوجين .

ولافرق في رأيي بعد عقم الزوجة وعقم الزوج وان خصت هذه الآثار
الزوجة إلا أنها ليست على سبيل الحصر فكما ان رغبة الزوج ان يكون لزوجته
ثمرة وهي البنين فكذلك الزوجة . ولكن خصت الزوجة بالذكر لأنها هي في
الغالب العامل الفعال الاكثر في الانسال .

بل ان عقم الزوج اشد أثراً من عقم الزوجة ، اذ الزوج يستطيع ان

(١) زاد المعاد ١٤/٢

(٢) الاحياء للغزالي ٢١/٢

يتزوج امرأة ثانية دون ان يطلق فتلد له البنين ، اما الزوجة فلا تستطيع ذلك إلا بالطلاق .

٣ - ان الفقهاء الذين لم يحصروا العيوب وقد وجدنا - بعد التحقيق - ان اكثرهم لا يحصر العيوب بعدد معين ، قد ذكروا من العيوب التي تجبى الفسخ مما هو اقل بكثير من عيب العقم في احد الزوجين فالفسخ للعقم اولى من تلك العيوب .

٤ - وفضلاً عن هذا كله فاني ارى ان الزوجة التي تحققت او ينست من عقم زوجها وهي بحاجة الى الاولاد ككل انسان ليس من العدالة ان نحرما حقاً منحه اياها السماء ونحكم عليها بالشقاء والحرامان من عاطفة الامومة مدى الحياة بدون ذنب او جناية اللهم الا ان حظها التعيس ساقها في يوم من الايام الى هذا الرجل المسكين .

ان المصلحة ، والضرورة ، وتحقيق هدف الزواج ، كل هذه امور تستدعي اعتبار العقم سبباً للتفريق بين الزوجين ، ومن الطبيعي انه لا مجال للتفرقة بين عقم الزوج وعقم الزوجة ، خاصة وقد سويتا بينهما في سائر العيوب .

على انه حرصاً منا على بقاء الحياة الزوجية وانقاذ ما يمكن انقاذه فاني ارى ان التفريق لاجل العقم يجب ان يراعى فيه القاضي او المشرع الاعتبارات التالية :

١ - وجود اولاد لطالب التفريق كما لو كان متزوجاً قبل ذلك وله اولاد او طراً للعقم بعد انجاب عدد من البنين ، او عدم وجود اولاد البتة .

٢ - التحقيق من عقم المدعى عليه . والا فيكفي مضي خمس سنوات في رأينا على الزواج بدون انجاب لاعتباره غير قابل للانسال .

٣ - مراعاة سن كل من الزوجين وقابليته للانجاب فيما لو تفرقا .

٤ - وان لا يكون طالب التفريق عقيماً بشكل محقق (١) .

(١) يعرف اليوم بالخبرة الطبية العقم المحقق او المشكوك فيه . راجع : دائرة المعارف

التناسلية للدكتور كامل برادة ص ١٤٧

الفرع الثالث

شروط الخيار لدى المزاغب التي اجازت التفريق للمعيوب

شروط الخيار لدى الشافعية :

لا فرق بالعيب قبل الدخول او بعده :

لم يفرق الشافعية في العيب الموجب للخيار ان وجد باحد الزوجين قبل الدخول او بعد الدخول ولا فرق ان كان بالزوج ام بالزوجة فلكل منهما حق طلب التفريق وان توفرت شروط ذلك .

قال في معنى المحتاج^(١) :

اذا حدث بعد العقد عيب تخيرت قبل الدخول جزما وبعد الدخول على الاصح لحصول الضرر به .

وقال^(٢) : واذا حدث بها عيب قبل الدخول وبعده تخير كما لو حدث به . وجاء في المذهب^(٣) :

وان حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار فان كان بالزوج ثبت لها الخيار لان ما ثبت به الخيار اذا كان موجودا حال العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعد العقد كالاغسار بالمهر والنفقة .

وان كان بالزوجة ففيه قولان : أحدهما يثبت من له الخيار وهو قوله في

(١) معنى المحتاج ٢٠٣/٣ .

(٢) المصدر السابق ٢٠٣/٣ .

(٣) المذهب ٥١/٢ .

الجديد وهو الصحيح لان ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعده كالغيب في الزوج .

والثاني : وهو قوله في القديم « أنه لا خيار له لأنه يملك أن يطلقها » .
وقال في الأم ^(١) : وان علمت قبل أن تنكحه أنه غيب ثم رضيت نكاحه أو علمت بعد نكاحه ثم رضيت المقام معه فلا يقطع خيارها .
جاء في تحفة المحتاج ^(٢) :

يسقط الخيار إذا علم بالغيب ثم وطئ . أما العنة فلا يسقط الخيار بالعلم لأنها قد تحصل في امرأة دون أخرى وفي نكاح دون نكاح .

• • •

هل هذا الحق على التراخي أم على الفور :

واشترط الشافعية لمن له حق الخيار أن يطلب التفريق فور علمه به فإذا تراخى في طلبه سقط حقه واعتبر هذارضا منه بغيب صاحبه . فإذا مضى وقت كان يستطيع فيه أن يطلب التفريق ولم يفعل سقط خياره .
قال في الوجيز ^(٣) : وهذا الخيار على الفور .

وقال في المذهب ^(٤) : والخيار في هذه على الفور لأنه خيار ثبت بالغيب فكان على الفور كخيار الغيب في البيع .

ما استثنوه من الفورية في طلب التفريق :

بما أن الشافعية لم يعتبروا علم المرأة بعنة زوجها موجباً لسقوط حقها في

(١) مغني المحتاج ٣/٢٠٤ .

(٢) تحفة المحتاج ٧/٣٥١ .

(٣) الوجيز ٢/١٨ .

(٤) المذهب ٢/٥٥٢ .

طلب التفريق للعنة وذلك لأن العنة قد تختلف من وقت لآخر ومن زوجة لزوجة فقد يكون الزوج عنيئاً مع زوجة وغير عنيئ مع زوجة أخرى، ولهذا لم يعتبروا علم المرأة مسقطاً لحقها وكذلك هنا لم يوجبوا الفورية لها في طلب التفريق فقالوا يؤجل سنة بناء على طلب القاضي .

قال في معنى المحتاج : (١) والفسخ بالعيوب على الفور إلا في العنة فإنه يمهل سنة ولو ادعى جهل الفور يقبل عذره . و ادعى أنه علم بالعيوب وجهل الخيار قبل قوله يمينه .

هل للمريض أن يطلب التفريق :

قال الشافعية لا يجوز للمريض أن يطلب التفريق إنما الحق للسليم منها .
فقد جاء في تحفة المحتاج : لا خيار إلا للسليم (٢) أما لو كانا مريضين سواء بمرض واحد أم اختلف المرض فلكل منهما حق الفسخ .

بطلان الفسخ :

إذا فسخ أحد الزوجين بموجب حق الخيار ثم تبين له أن صاحبه لا عيب فيه قالوا يبطل الفسخ .
فقد جاء في معنى المحتاج (٣) : ومن ثبت له الخيار في الفسخ ففسخ بعيب ظنه ثم تبين أنه ليس بعيب بطل الفسخ .

(١) معنى المحتاج ٣/٢٠٤ .

(٢) تحفة المحتاج ٧/٣٤٦ .

(٣) معنى المحتاج المصدر السابق .

سُروط الخيار في العيب لدى الحنابلة

هل يشترط ان يكون العيب قبل الدخول :

في المذهب الحنبلي قولان : في حق الفسخ بالعيب بعد الدخول .
قال بعضهم أن وجد العيب بعد الدخول فلا خيار له .
وقال آخرون أن حق الخيار ثابت لأي من الزوجين إذا وجد بزوجة عيباً
سواء أكانت قبل الدخول أو بعد ذلك .

جاء في المحرر^(١) : وان حدث به بعد العقد ، قال القاضي : له الخيار .
وقال ابو بكر وابن حامد : لا خيار له .

هل هذا الحق يثبت فور العلم به أم أنه على التراخي :

يثبت حق الخيار بالتراخي ما لم يدل على الرضا من له حق الفسخ فإذا رضي
بعيب صاحبه سقط حقه وقيل أنه على الفور .
قال في المغني^(٢) : خيار العيب ثابت على التراخي . وقال القاضي أنه على
الفور^(٣) .

وجاء في الانصاف^(٤) : وان علم بالعيب وقت العقد أو قال رضيت به
معيباً أو وجد منه دلالة على الرضا من وطء أو تمكين مع العلم بالعيب فلا
خيار له بلا خلاف في العلم بالعيب أو الرضا به . اما التمكين ففيه خلاف .
واستثنى الحنابلة العنة من ذلك فقالوا لا يسقط حق الزوجة بالفسخ لعنة

(١) المحرر ٢/٢٥

(٢) المغني ٧/٥٨٤ .

(٣) ويترب على القولين : انه على القول الاول فالخيار لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل
على الرضا به من قول أو استمتاع من الزوج أو التمكين من المرأة . وعلى القول الثاني :
فالخيار يسقط اذا علم به واخر الفسخ .

(٤) الانصاف ٨/١٩٩ .

زواجها ولو علمت بذلك ما لم تصرح بالرضا فيسقط خيارها .

جاء في الفروع ^(١) : ولا يسقط في عنة بلا قول ويسقط به .

وعلل صاحب المغنى ذلك بقوله ^(٢) : لأنها رضية بالعيب ودخلت في في العقد عامة به فلم يثبت لها خيار ، أي أن الزوجة لا يسقط حقها في الفسخ لعنة زوجها إلا إذا قالت صراحة أنني لا أقبل به أو رضية بعته . فلو سكنت لا يعتبر سكوتها رضا فإذا تكلمت دل على رضاها ومتى رضية سقط حقها بالخيار .

إذا رضي أحد الزوجين بعيب صاحبه أو ظهر غيره من العيوب فهل له الخيار :

قال في المغنى ^(٣) : إذا زاد العيب عما رضي به فلا خيار أما أن رضي بعيب فظهر غيره فله الخيار . وإن ظهر العيب يسيراً فبان كثيراً كمن ظهر أن البوص في قليل من جسده فبان في كثير منه فلا خيار له أيضاً لأنه من جنس ما رضي به . وإن رضي بعيب فبان به غيره فله الخيار لأنه وجد به عيباً لم يرض به ولا يجنس فثبت له الخيار .

هل يشترط بقاء العيب حتى طلب التفريق :

اشتراط الحنابلة قيام العيب حتى يوم طلب التفريق فإذا ما زال قبل ذلك فلا موجب للتفريق .

جاء في الاقناع ^(٤) : ومتى زال العيب فلا فسخ .

بطلان الفسخ : — وقال في الاقناع ^(٥) : ولو فسخت بعيب فبان أن لا عيب بطل الفسخ .

(١) الفروع ٧٦/٣ .

(٢) المغنى ٦٠٧/٧ .

(٣) المصدر السابق ٥٨٤/٧ .

(٤) كشف القناع ٨٧/٥ .

(٥) المصدر السابق ٧٨/٥ .

شروط الخيار في العيوب عند الجعفري

قال الجعفري يشترط ان يكون العيب قبل العقد ما عدا جنون الرجل وقد فرقوا في العيوب حسب نوعها . وما اذا كانت في الرجل او في المرأة .
عيوب الرجل (١) : --

(١) اذا كان الرجل مجنوناً او اصاب بالجنون سواء اكان قبل العقد او بعده
وسواء دخل بزوجه او لم يدخل ، فللزوجة حق الخيار وطلب الفسخ .
(٢) اما عيب العنه في الرجل فللمرأة طلب الفسخ سواء كان حين العقد ام
بعد العقد ما لم يكن دخل بها فان دخل بها سقط حقها .
قال في الروضة البهية (٢) فلو وطأها في ذلك النكاح ولو مرة واحدة او
وطء غيرها فليس بعين .

وأما بقية العيوب فتلاثة اقوال :

فان اصاب بها الرجل حين العقد او كانا مصاباً بها قبل العقد ولم تعلم بها
الزوجة فلها حق طلب الفسخ ، اما اذا وجدت بعد العه . فلا خيار للزوج لان
العقد تم لازماً ولا دليل على فسخه .
وقيل يفسخ بها مطلقاً سواء وجدت قبل العقد او بعده حتى ولو دخل بها
لأنها عيوب تشارك العيوب الموجودة حين العقد في الضرر ولا موجب
للتفرقة بينهما .

وفصل آخرون فقالوا يفسخ ولو حدثت هذه العيوب بعد العقد على أن
لا يكون قد دخل بها اما لو دخل فلا خيار لها .

(١) الروضة البهية ٢/١٢٥ .

(٢) المصدر السابق ٢/١٢٦ .

غيوب المرأة (١) :

للزوج حق الخيار إذا وجد امرأته معيبة بأحدى العيوب المنصوص عنها سواء أكانت حين العقد أو قبل العقد ولم يطلع عليها أو لم يرض بها . أما العيب الطارئ في الزوجة بعد العقد ففيه ثلاثة أقوال :

(١) لا خيار للزوج بالعيوب الطارئة بعد العقد على المشهور تمسكاً بإصالة اللزوم واستصحاباً لحكم العقد .

(٢) وقبل يفسخ بالعيب الطارئ مطلقاً لعمومية النصوص التي جاءت بالفسخ .

(٣) وقال بعضهم : يفسخ الزوج بعيب في امرأته ولو حدث بعد العقد إذا كان لم يدخل بها وذلك لما روى عن أبي عبد الله :

« يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والقرن ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا » (٢) .

ما يسقط الخيار :

إذا علم أحد الزوجين بعيب صاحبه ورضى به سقط حقه في الخيار ، والرضا قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمنياً ، كالوجامع الزوج زوجته مثلاً أو مكنته من نفسها فلا خيار لأحدهما .

جاء في الاستبصار (٣) : إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها ثم جامعها فقد رضي بها .

(١) الروضة البهية ١٢٦/٢

(٢) التهذيب ٢٣٣/٢ الكافي ٣٠/٣ من لا يحضره الفقيه ٣١٢

(٣) الاستبصار ٢٤٩/٣

ويشترط الفسخ فور العلم به :

إذا علم السليم بعيب الآخر فله أن يطلب الفسخ فور علمه به فإذا تراخى في طلبه اعتبر سكوته رضاء وسقط حقه في الفسخ إلا إذا كان العيب مختلفاً فيه فيحتاج إلى حكم القاضي بالتفريق .

قال في جواهر الكلام^(١) : وخيار الفسخ على الفور بلا خلاف أجده فيه ... فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر أحدهما بالفسخ لزم العقد .

وقال : إن العيب إن كان ظاهراً لا نزاع فيه بينهما وإن توقف ثبوته على المرافعة إلى الحاكم فالقورية في المرافعة إلى الحاكم (فإذا ثبت اختار الفسخ فوراً .

لو رضي بعيب ثم اتسع :

لو رضي أحد الزوجين بعيب في صاحبه وكان يسيراً ثم اتسع هذا المرض ففي المذهب قولان : قيل لا خيار له لأنه رضي بأصل العيب والرضا يسقط حق الخيار . وقيل لا يسقط حقه وله الفسخ . فله الخيار .

جاء في جواهر الكلام^(٢) : ولو رضي بمرض مثلاً ثم اتسع بعده في ذلك العضو ففي الخيار وعدمه وجهان : أقواهما عدم لأن الرضا بالشيء رضي بما يتولد منه ولا نه عيب واحد وقد حصل الرضا به .

وجاء في قواعد الأحكام^(٣) : ولو رضي بمرض سابق ثم اتسع في ذلك العضو فالأقرب ثبوت الخيار : ولو حصل في غيره ثبت الخيار قطعاً .

(١) جواهر الكلام ١٧٦/٥

(٢) جواهر الكلام المصدر السابق .

(٣) قواعد الأحكام ٣٥/٢

وإذا أمكن علاج المرض فلا خيار :

جاء في الروضة البهية^(١) : «وإذا أمكن علاج المرض التناسلي في المرأة فلا خيار إلا إذا امتنعت المرأة عن المداواة^(٢)» .

لو تبين العيب بعد الطلاق :

قال في قواعد الاحكام^(٣) : «ولو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب بعد الطلاق لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق» .
أي لا بطلان للفسخ بعد تمامه فلو طلقها قبل الدخول ودفع لها نصف المهر فلا حق له بالرجوع بما دفعه إذا تبين له أن زوجته المطلقة معيبة .



(١) الروضة البهية .

(٢) قواعد الاحكام ٣٤/٢

(٣) يقول الشيخ جواد مغنية من أئمة الجعفرية المعاصرين : ان اي مرض من الامراض المختصة او المشتركة بين الرجل والمرأة اذا امكن استئصاله وعولج ولم يترك العلاج لئلا مشوها ومعيباً فان وجوده يكون كدمه ولا يوجب اي شيء لانه والحال هذه يكون كسائر الامراض العارضة التي لا يخاو واحد منها في الغالب .

شروط الخيار عند المالكية في العيوب والأمراض:

للمالكية تفصيل في شروط التفريق للعيوب لم أتعرض اليه ولكني سأشير الى مراجعه لمن أراد التوسع فيه وحسبي أن أقول أهم ما يجب معرفته في هذا الموضوع .

فرق المالكية في العيوب الحادثة بأحد الزوجين حين العقد عن الطارئة بعد العقد فقالوا : يحق لكل من الزوجين طلب التفريق لعيب في صاحبه وجده به قبل العقد او اثناء العقد . اما العيب الطارئ بعد العقد فإن كان بالزوجة فليس للزوج حق الخيار بل مصيبة نزلت به فان شاء أمسك زوجته ، وإن شاء طلق ، والطلاق بيده ويستعمله متى شاء . أما اذا طرأ العيب بعد العقد في الزوج فللزوجة حق التفريق مع تفصيلات تختلف حسب نوع العيب المبطل به الزوج .

الجذام والبرص :

قال الدسوقي ^(١) : إن العيوب المشتركة ، ان كانت قبل العقد كان لكل من الزوجين رد صاحبه به ، وإن وجدت بعد العقد كان للزوجة ان ترد به الزوج دون الزوج ، فليس له أن يرد الزوجة ، لأنه قادر على مفارقتها بالطلاق إن تضرر لأن الطلاق بيده بخلاف المرأة فلذا ثبت لها الخيار .

الجنون :

اذا حدث بأحد الزوجين قبل العقد فيثبت الخيار لكل منهما سواء كان قبل الدخول او بعده .

(١) حاشية الدسوقي ٢/٣٢٥ يقصد هنا بالعيوب المشتركة : الجذام والبرص وقد فصل احكامهما وشروط الفسخ بها وذلك ان يكون الجذام محققاً في الرجل فيحق لها الرد سواء كان قبل العقد او بعده أما الرجل فلا يبق له الرد به الا اذا كان قبل العقد والبرص كذلك ولا رد به الا أن يكون كثيراً فترد به المرأة دون الرجل لانه يملك الطلاق .

أما اذا حدث الجنون بعد العقد ففيه أربعة أقوال لدى المالكية (١) :

(١) قول ابن القاسم وهو المعتمد : اذا حدث الجنون بعد العقد في الزوج فللزوجة حق الفسخ . أما اذا حدث للزوجة فلا يملك الزوج الفسخ لأنه يملك الطلاق .

(٢) قول أبي الحسن ونسبه الى المدونة : يحق لكل من الزوجين طلب الفسخ اذا ما طرأ الجنون باحدهما سواء كان قبل الدخول او بعده .

(٣) المتيطي : إن حدث قبل البناء فلها الرد وإن حدث بعد البناء فلا رد لهما .

(٤) اشهب : الجنون الطارئ على أحد الزوجين بعد الدخول لا يفسخ به مطلقاً .

والرأي الاول وإن كان هو المعتمد في المذاهب ولكننا نرى أن الرأي الثاني هو الاوفق للمصلحة لأنه لا داعي للفرقة بين جنون كل منهما طالما أن الضرر محقق به ، ولاختلاف آثار الطلاق عن آثار الفسخ .

العيوب الجنسية :

قال المواق (٢) : وقال في العيوب الجنسية الموجودة في احد الزوجين أثناء العقد ..

وإن علمت في حين تزويجه انه مجبوب أو خصي أو عنين ، لا يأتي النساء رأساً او أخبرها بذلك فلا كلام لها ، وإن لم تعلم بذلك في العقد ثم علمت فتركته او أمكنته من نفسها ، فلا كلام لامرأة الخصي والمجبوب أما العنين فلها أن ترافعه وتؤجل سنه لأنها تقول تركته لرجاء علاج او غيره . والا ان تزوجه وهي تعلم به .

(١) حاشية الدسوقي ٣٢٧/٢

(٢) شرح التاج والاكيل بها من مواهب الجليل

اما العيوب المختصة بالمرأة فهي داء الفرج المانع من وطئها . يوجب للزوج الخيار إن شاء أقام واستمتع وإن شاء طلق ولا شيء عليه .

وقال الخطاب ^(١) : لا يسقط خيارها في الجب والحضاء الا بعد الدخول .

وقال في البهجة ^(٢) : واما الاعتراض ^(٣) : سبق الاصابة ولو ترد فلا خيار لها وذلك مصيبة بها .

هل للمريض طلب التفريق :

ان حق الخيار شرع في الاصل للسليم من الزوجين غير انه قد يكون كل من الزوجين مريضاً فهل يحق للمريض هذا ان يطلب التفريق من صاحبه ؟ . قالوا : اذا اختلف العيبان فأحدهما الخيار . اما اذا كان الزوجان مريضين بمرض واحد فللزوجة حق التفريق دون الزوج .

جاء في البهجة ^(٤) : وقال اللخمي : ان كلا من الزوجين اذا اطلع على عيب لصاحبه مخالف لعيبه كجنونه وبرصها مثلاً ، والعكس فلكل منهما الخيار ، وان كان موافقاً كبرصها معا او جنونهما معا كان له الخيار دونها ، لانه بذل صداقاً لسالمه فوجد ما يكون صداقها دون ذلك ^(٥) .

(١) مواهب الجليل ٤٨٦/٣

(٢) البهجة شرح التحفة للتسولي ٣١٤/١

(٣) المصدر السابق ٣١٢/١

(٤) المصدر السابق ٣١٢/١

(٥) قال ادردير ٣٢٣/٢ : « الخيار ثابت للسليم أو ان وجد في صاحبه عيباً ولو كان هو مريضاً ايضاً فله القيام بحقه من الخيار . » والعبارة تحتاج الى تحرير لانها لم تفرق بين الرجل والمرأة ولا بين نوع العيب المشترك بين الزوجين وهل هو واحد أم كل منهما مبتلى بعيب يختلف عن عيب الآخر .

وكذلك ما جاء في حاشية العدوى ٢ [٧٤ : ولو كان البرص والجذام بكل منهما فانه يثبت لكل واحد الخيار في صاحبه لانه يزيد ما بكل واحد بسبب الاجتماع .

ما يسقط حق الخيار :

ان ما يسقط حق طلب التفريق بين الزوجين هو الرضا بعيب الاخر ماعدا مرض العنه فان مجرد العلم به لا يسقط حق الزوجة بالخيار .
والرضا بالعيب له دالتان :

دلالة صريحة وهو ان يقول رضيت بعيب زوجي مثلاً ، او دلالة ضمنية كما لو اتصل الزوجان جنسياً او تلذذا أحدهما بالآخر وعاشره معاشرة الأزواج .
قال الحرشي ^(١) : ان العيب الذي يوجب الخيار لاحد الزوجين على صاحبه يشترط فيه .

(١) ان يكون موجودا عند العقد او قبله فالطاريء بعده لا يوجب خيارا الا ما استثنى .

(٢) وان لا يكون احد الزوجين عنده علم بعيب المعيب قبل العقد والا فلا خيار .

(٣) أو يكون عنده علم به ولكن لم يرض به أو يكون عنده علم به ولكن لم يتلذذ من زوجه بشيء من مقدمات الجماع .

٤ - فان علم السليم بعيب المعيب ورضى به بالفعل او بالقول او تلذذ بعد علمه فلا خيار للسليم .

تداوي المريض :

قال الدسوقي ^(٢) : والرتقاء اذا طلبت التداوي فانها تؤجل لذلك وليس للزوج منعها وعليه ان يصبر على علاجها والاجل هنا متروك للطب وأهل الخبرة.

(١) شرح الحرشي ٧٣/٣

(٢) حاشية الدسوقي ٣٣٢/٢

هل المريض حق الفسخ :

قال الخطاب (١) : « يثبت الخيار لكل من الزوجين ولو كان معيباً بنفس
العيب او غيره . »
وقيل : « لو كانا بمرضين مختلفين فلكل منهما الخيار واما ان كانا بمرض واحد
ففيه الخلاف والاصح ان لهما الخيار . »

• • •

شروط الخيار لدى الاباضية

وقال الاباضية اذا وجد احد الزوجين بالآخر عيباً يوجب الرد فله حق الفسخ اذا كان العيب في المريض قبل العقد او وجد بعد العقد . اما العيب الطارئ بعد الدخول ففي الفسخ به قولان .

ويسقط الخيار اذا علم السليم بعيب صاحبه ورضى به . ولو رضى بعيب ثم ازداد هذا العيب فلا خيار له . اما اذا تغير العيب كما لو اصاب المريض بمرض آخر فلا سليم حق طلب التفريق .

واذا كان الزوجان مريضين سواء أكان المرض واحداً ام كان كل منهما مريضاً بمرض يختلف عن الآخر فلكل من الزوجين في هذه الحالة الحق في طلب الفسخ .

ويستمر حق السليم بالخيار ولو شفي صاحبه من مرضه بل ، انهم قالوا لو كان العيب قبل العقد وزال المرض ثم تزوجا وعلم الآخر بأن زوجه كانت مريضاً قبل العقد فله حق الفسخ وعالموا ذلك بأن المرض وخاصة اذا كان من الامراض السارية كالجدام او البرص او الجنون فانه سرعان ما يعود الى المريض ولهذا اعطوا الطرف الآخر حق الفسخ .

وقالوا : اذا طلقها ودفع لها مهرها ثم تبين له انها معيبة بعيب يجيز له الفسخ به فلا رجوع بالمهر .

جاء في شرح النيل ^(١) : وفي صحة الرد بالعيب بعد المس دون العلم قولان . ومن رضى عيباً ثم علم بآخر بعده فله الرد به .

(١) شرح النيل ٣ / ٢٤٤ - ٣٤٧

ومن رد معيبا بعيب ثم تزوجه فلا يردّه بعد به . ولو ازداد ذلك العيب
كازدياد الجنون والبرص .

ويرد انسان معيب بعيبه وان بعد يرثه او تقادم عهده . ولو كان العيب
قبل العقد و زال ايضا ... وكذلك البرص والعنه والجذام و عيوب
يكون الرد بها في الرجل والمرأة ولو زالت بالكلية قبل عقد النكاح .

وان تناكحا وبكل منهما عيب يرد به فلكل رد صاحبه سواء اتفق عيبها
كبوص في كل واحد او اختلف كبوص في احدهما وجنون في آخر .
واذا طلقت معيبه قبل المس فاخذت نصف الفرض فاذا بها معيبه لم يلزمها
الرد لانه حين طلق لم يكن يعلم اذ علم به بعدما طلق » .

...

شروط الخيار لدى الزيدية

قال الزيدية يثبت الفسخ بالعيوب اذا كان ذلك قبل الدخول سواء نشأ قبل العقد او بعده فلكل من الزوجين ان يطالب بفسخ النكاح بأي عيب وجده بصاحبه يميز له الفسخ مادام قبل الدخول . اما بعد الدخول فلا خيار الا في عيوب ثلاثة : الجنون والجذام والبرص ^(١) .

مايسقط الخيار : ويسقط هذا الخيار بتمام الرضا والرضا كما جاء في التاج المذهب ^(٢) يكون بمجالات ثلاث :

(١) ان يعقد او يميز وهو عالم بعيبها ، وكذا اذا اذنت او اجازت وهي عالمة بعيبه .

(٢) ان لا يقع علم بالعيب قبل العقد كمن حين علم بالعيب قال : رضيت به .

(٣) ان يطأها او يخلو بها بعد العلم بعيبها وكذا اذا خلت بالمعيب .

الفورية في طلب التفريق :

ولا يشترط في الفسخ ان يطالب من له الحق به فور علمه به بل يصح على التراخي ما دام لم يقم دليل على الرضا به .

وقيل أن خيار العيب يجب ان يثبت على الفور لانه لا يحتاج الى تأمل ونظر .

(١) البحر الزخار ٦٢/٣

(٢) انتاج المذهب ٦٣/٢

هل للمريض من الزوجين طلب التفريق ؟

وحق الفسخ هو خاص بالسليم من الزوجين فلا يجوز للمريض ان يطالب بالفسخ الا اذا كان صاحبه مريضاً سواء بمرض واحد ام بمرضين مختلفين ، ففي هذه الحالة بالذات يحق لكل منهما الفسخ .

واذا رضي احد الزوجين بعيب ثم ظهر آخر فله حق الفسخ لان الرضا بعيب معين ليس دليلاً على الرضا بجميع العيوب .

جاء في المنتزع المختار^(١) : الفسخ خاص بالسليم ولا يحق للمعيب طلب الفسخ من السليم ولو رضي السليم .

اذا كانا معيين ولو بعيين مختلفين فيجوز لاحدهما طلب الفسخ .

وقال : اذا رضي بعيب ثم ظهر عيب آخر فله حق الفسخ .

• • •

شروط الخيار لدى الاحناف

اما الاحناف فقد اعطوا المرأة فقط حق الفسخ لعيب في زوجها يمنع من الاتصال الجنسي وعددوا من هذه العيوب خمسة كما سبق ان ذكرنا (٢).

وقالوا : اذا تزوجت المرأة بعين او خصى او كان به اي عيب يمنع من الجماع وهي تعلم ذلك فلا خيار لها بالفسخ لانها اسقطت حقها برضاها به (٣).

اما اذا تزوجت وهي لا تعلم بعيبه ثم ظهر لها ذلك فلها ان تطلب التفريق من القاضي متى شاءت ولا يعتبر سكوتها رضا منها لان حق الفسخ ليس على الفور بل على التراخي (١).

كما انهم قالوا اذا وطئها مرة واحدة سقط حقها في الخيار لان حق المرأة بالعقد ان يطأها مرة واحدة .

اما اذا كانت الزوجة معيبة بعيب جنسي يمنع الاتصال بزوجها فلا يحق لها ان تطلب الفسخ لانه لا ضرر عليها من زوجها ولو لم يصل اليها (٢).

وعلى هذا نلخص شروط الخيار عند الاحناف :

١) عدم الرضا فاذا رضيت سقط حقها .

٢) الا تكون الزوجة معيبة جنسيا والا فلا حق لها بالتفريق اذا ضرر .

٣) ألا يكون الزوج قد وصل اليها ولا مرة واحدة .

جاء في البحر الرائق (٣) : ولو وطئها مرة لاحق لها في المطالبة لسقوط حقها بالمرّة قضاء وما زاد عليها فهو مستحق ديانة لا قضاء .

• • •

(١) المنتزع المختار ٢٩٣/٢

(٢) البدائع ٢٣٥/٢

(٣) فتح القدير ٢٦٤/٤

(١) فتح القدير ٢٦٤/٣

(٢) الفتاوي الهندية ٥٢٦/١

(٣) البحر الرائق ١٣٥/٤

الفرع الرابع

انار الفرقة بالعيب

هل الفرقة بالعيب بين الزوجين طلاق بائن ام فسخ وهل يشترط ان يكون لدى القاضي ان كان فسخاً او ابى الزوج الطلاق ؟ ..
قال الاحناف والمالكية : ان الفرقة طلاق بائن .
وقال الجمهور : ان الفرقة فسخ وليس بطلاق .

من قال انه الفرقة طلاق

الاحناف :

قال الاحناف اذا رفعت الزوجة امرها الى القاضي بطلب التفريق وتوفرت شروط ذلك امر القاضي الزوج بالتطليق فان ابى طلق القاضي نيابة عنه .
جاء في الهداية (١) : فان امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما . ولا بد من طلبها ، لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة ، لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه .

المالكية :

وذهب المالكية : الى ان الزوج اذا رفض الطلاق فللقاضي ان يطلق زوجته أو يأمرها بايقاع الطلاق . والفرقة في جميع الحالات طلاق بائن .
قال الدسوقي (٢) : يأمره الحاكم بالطلاق والا طلقها القاضي أو يأمرها به أي بايقاع الطلاق كطلقت نفسي منك أو ما في معناه . والطلاق بائن .

• • •

(١) الهداية ٣/٢٦٥ . وجاء في الفتاوى الخيرية ١/١٢٤ الفرقة للعيب في الجب والمنة طلاق بائن .

(٢) حاشية الدسوقي ٢/٣٣٠ وراجع مواهب الجليل ٣/٨٦ .

من قال انه الفرقة ففسح :

الشافعية والحنابلة :

قال الشافعية والحنابلة : ان الفسخ لا يكون الا عند القاضي لان الفرقة بالعيوب امر مجتهد فيه .

جاء في تحفة المحتاج^(١) : لا يجوز بدون حاكم لانه امر مجتهد فيه فلو تراضيا بالفسخ بواحد منها من غير حاكم لم ينفذ .

وقال في المذهب :^(٢) ولا يجوز الفسخ الا عند الحاكم لانه مختلف فيه .

وجاء في المغني^(٣) : الفرقة للعيب فسخ للنكاح . . .

وقال ابن قدامة : ويحتاج الفسخ الى حكم حاكم لانه مجتهد فيه .

وقال ابن تيمية في الاختيارات العلمية :^(٤) لا يحتاج الى فسخ الحاكم وعلل ذلك بانه ليس كل امر مختلف فيه يحتاج الى حكم فخير المعتبرة مختلف فيه ويقع بدون حاكم .

(١) تحفة المحتاج ٧/٣٥٢ .

(٢) المذهب ٢/٥١٠ .

(٣) المغني ٧/٧٦٠٥ - ٥٨٤ - وقال في الانصاف وقال الشيخ تقي الدين ان جميع الفسوخ

لا تتوقف على حكم حاكم ٨/٢٠١ .

(٤) الاختيارات العلمية ص ١٣١ .

الزبدية :

قال الزبدية ان الفسخ بين الزوجين يصح بدون حاكم الا اذا اختلفا فيرفع الامر الى الحاكم^(١).

جاء في التاج المذهب^(٢) : والفسخ يكون بالتراضي ان حصل العيب مع اتفاق المذهب انه عيب يرد به النكاح .

اما اذا لم يقع تراض بين الزوجين بالفسخ او اختلف المذهب بالعيب فالحاكم هو الذي يفسخ .

وقيل لا يحتاج الى حكم حاكم .

جاء في المنتزع المختار^(٣) : وقال الناصر والهادي والقاسم : انه لا يحتاج الى حكم حاكم مطلقاً .

الجعفرية :

وكذلك فان الجعفرية لم يشترطوا حكم الحاكم في الفسخ بل يصح بالتراضي بين الزوجين على فسخ النكاح الا في العنه فيشترط الحاكم لضرب الاجل لا للفسخ^(٤)

جاء في جواهر الكلام^(٥) : الفسخ بالعيب ليس بطلاق قطعاً لعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه .

(١) وقال في الروض النضير : أن الفرقة بالعيب هي فسخ وهذا مذهب العترة جميعاً ٧٨/٤

(٢) التاج المذهب ٦٣/٢ .

(٣) المنتزع المختار ٢٩٣/٢ .

(٤) راجع في هذا البحث الاستبصار حيث جاء فيه حديث طويل قال فيه : وترد على أهلها من غير طلاق . ٢٤٧/٣ - وراجع أيضاً التهذيب ٢٣١/٢ والكافي ٢٩/٢ والمختصر النافع ٢١

(٥) جواهر الكلام ١٧٦ .

وقال في اللمعة^(١) : ولا يشترط فيه الحاكم .
وقال في قواعد الاحكام^(٢) : اما في العنه فيفتقر اليه لا في الفسخ بل في
ضرب الاجل وتستقل المرأة بعده عليه .
وقال في العروة الوثقى^(٣) : الفرقة للعيب فسخ .

الاباضية :

وقال الاباضية في شرح النيل^(٤) والرد بالعيب فرقة لا طلاق .

* * *

(١) اللمعة الدمشقية ١٢٦/٢

(٢) قواعد الاحكام ٣٣/١ .

(٣) العروة الوثقى ٧٥٢

(٤) شرح النيل ٢٤٩/٣ .

المبحث الثاني

التفريق للعيوب والامراض في قوانين البلاد العربية

الفرع الأول

نصوص القوانين

التفريق للعيوب والامراض في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية :
نصت جميع قوانين البلاد العربية على التفريق بين الزوجين للعيوب والامراض ،
ولكن معظمها قصرت هذا الحق على الزوجة دون الزوج باعتبارها يملك حق
الطلاق كما اختلفت بعض القوانين عن بعضها الآخر في تعداد العيوب كما سوف
نرى من ذكر موادها التالية :

لبنان ،

م ١١٩ : اذا اطلعت المرأة السالمة من عيوب المقاربة ان زوجها مصاب
بعلة من تلك العلل فلها ان تراجع الحاكم وتطلب الفراق . اما المرأة المبتلاة
باحدى العيوب المذكورة فلا يجاب طلبها وليس للزوجة التي قاربها الزوج حق
الخيار بسبب عيب من هذا القبيل .

م ١٢٠ : اذا اطلعت الزوجة قبل النكاح على عيب الزوج ما عدا العنة او
رضيت بعد النكاح باي عيب كان يسقط حق خيارها انما لا يسقط الاطلاع على
العنة قبل النكاح حق الخيار .

م ١٢١ : اذا راجعت الزوجة الحاكم حسب المواد السابقة ينظر فان كانت
العلة غير قابلة للزوال فالحاكم يفرق بينهما بالخال وان كانت قابلة للزوال فالحاكم
يهمل الزوجة مدة سنة اعتباراً من زمن الحادثة او من وقت افاقته ان كان مريضاً .

م ١٢٢ اذا اطلعت الزوجة بعد النكاح أن الزوج مبيتل بعلّة لا يمكن الاقامة بها معه سوية للإضرار كالجذام والبرص وعلّة الزهري ، او حدثت به اخيراً هكذا علّة فلها ان تراجع الحاك وتطلب التفريق والحاكم يرى ان كان يوجد أمل بزوال العلّة يؤجل التفريق سنة واحدة واذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق واصرت الزوجة ايضاً على طلبها يحكم الحاكم بالتفريق .
ووجود احد العيوب في الزوج كالعمى والعرج لا يوجب التفريق .

م ١٢٣ اذا جن الزوج بعد عقد النكاح وراجعت الزوجة وطلبت التفريق فالحاكم يؤجل التفريق سنة ، واذا لم يزل الجنون بظرف هذه المدة واصرت الزوجة يحكم بالتفريق .

م ١٢٤ خيار الزوجة في الظروف التي لها الخيارات ليس من الضروري ان يكون على الفور فلها أن تؤخر الدعوى مدة ولها ان تتركها مدة بعد اقامتها .
م ١٣١ الحكم الصادر بالتفريق بموجب المواد السابقة يتضمن الطلاق البائن .

الاردن :

لا يختلف القانون الاردني عن القانون اللبناني في مواد التفريق للعيوب والامراض فقد نص في مواده ٨٣ - ٨٨ بما لا يختلف فيه عن المواد السابقة للقانون اللبناني .

تونس :

لانص للتفريق بسبب العيوب او الامراض في قانون الاحوال الشخصية في تونس رغم ان اكثره من المذهب المالكي باعتبار ان جميع حالات التفريق مردها تقدير القاضي .

المغرب :

الفصل الرابع والخمسون : التتلق للعب

(١) اذا وجدت الزوجة بزوجه عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه او يمكن
بعد زمن يزيد على سنة ولا يمكنها المقام معه إلا بضرو كالجنون والجدام والبرص
والسل ، فلها ان تطلب من القاضي تطليقها منه سواء كان ذلك العيب بالزوج
قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به . ويؤجله القاضي سنة فان
بريء وإلا طلقها عليه .

(٢) يستجاب لطلب المرأة التتلق بدون تأجيل في عيوب الفرج التي
لا يرجى برؤها .

(٣) اذا تزوجته عالة بالعيب او حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة
او دلالة بعد علمها فليس لها طلب التتلق لأجله .

(٤) اذا كان بالزوجة عيب كالجنون والجدام والبرص والسل وداء الفرج
المانع من الوطء او لذته وعلم الزوج به قبل الدخول فله الخيار . ان شاء طلق
ولا شيء عليه وان شاء دخل ولزمه الصداق كاملاً . فان لم يعلم الا بعد
الدخول أبقى عليها ان شاء ، وان شاء ردها ، واسترد ما زاد على اقل
المهر عرفاً منها ان كانت هي التي غرته ، وان كان الغار وليها رجع عليه
بما دفعه .

(٥) يستعان بأهل الخبرة من الاطباء في معرفة العيب .

الفصل الخامس والخمسون : الطلاق الذي يوقعه القاضي لعلة من العلل
المذكورة في الفصل السابق طلاق بائن .

العراق :

م ١/٤٤ / اذا وجدت الزوجة زوجها غنياً او مبتلى بما يمنع البناء بها فلها ان تطلب الى المحكمة التفريق .

(٢) اذا اطلعت الزوجة بعد العقدان الزوج مبتلى بعة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجدام والبرص والسل والزهري والجنون او أصيب أخيراً بعة من هذه العلل فلها ان تراجع المحكمة وتطلب التفريق .

(٣) اذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ان العلة المذكورة في الفقرتين ١ و ٢ من هذه المادة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال العلة ، وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل .

(٤) اذا وجدت المحكمة ان العلة لا يؤمل زوالها وامتنع الزوج عن الطلاق واصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق .

سوريا :

المادة ١٠٥ - للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين :

(١) اذا كان فيه احدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منه .

(٢) اذا جن الزوج بعد العقد .

المادة ١٠٦ ف١ يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في

المادة السابقة اذا علمت بها قبل العقد او وضيت بها بعده .

(٣) على ان حق التفريق بسبب العنه لا يسقط بحال .

المادة ١٠٧ : اذا كانت العلل المذكورة في المادة غير قابلة للزوال يفرق

القاضي بين الزوجين في الحال واذا كان زواجها ممكناً يؤجل الدعوى مدة مناسبة لاتتجاوز السنة فاذا لم تزل العلة يفرق بينهما .

المادة ١٠٨ : التفريق للعلة طلاق بائن .

مضرو :

مادة ٩ : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه او يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ام حدث بعد العقد ولم ترض به . فان تزوجته عالمة بالعيب او حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة او دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .
مادة ١٠ : الفرقة بالعيب طلاق بائن .

مادة ١٦ : يستعانت بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها .

• • •

الفرع الثاني

نظرات سريعة في مواد التفريق للعلل والأمراض في القوانين العربية

(١) لم تجعل أكثر القوانين العربية حق التفريق للعلل والأمراض حقاً مشتركاً بين الزوجين بل منحتة للزوجه دون الزوج . وهذا مما انفرد به المذهب الحنفي من المذاهب التي أجازت التفريق للعيوب .

إلا أننا نرى أنه لا مبرر للتفرقة بين عيوب الرجل وعيوب المرأة فلعل من الزوجين إذا وجد بصاحبه عيباً كان له أن يطلب التفريق من القاضي إذا توافرت شروط ذلك . ولا يرد على هذا أن المرأة تتضرر بسمعتها إذا ما طلقت لعيب فيها فإن سمة الرجل أيضاً لا تقل عن سمة المرأة وليس في الأمر فضيحة ولا كشف أمرار فالغالب من هذه العيوب أمراض تحل بالصغير والكبير ولا يد للإنسان فيها .

وهذا ما انفرد به القانون المغربي حيث أعطى حق طاب التفريق للعيوب أو الأمراض لكل من الزوجين . وهذا وفق المذاهب الثلاثة الحنابلة والمالكية والشافعية .

(٢) إن بعض القوانين كالسوري قصرت التفريق على العيوب الجنسية والجنون ولم تذكر بقية العيوب كالأمراض السارية أو المنقولة ، وهذا في رأينا لا محل له لأنه كما يتضرر المرء من عيب يمنع الاتصال الجنسي قد يتضرر من مرض معد أو تنفر منه النفس .

إن حصر العيوب بعدد معين لا مبرر له بل يجب أن ينص على مبادئ عامة في العلل والأمراض فكل مرض معد أو منفر أو مخوف أو يمنع الاتصال الجنسي يحق للطرف الآخر أن يطلب التفريق لأجله .

٣) نصت بعض القوانين على أن أهل الخبرة يقدرّون المرض إن كان يرجى منه الشفاء فيؤجل التقاضي التفريق وإلا فرق في الحال .

وفي رأينا أنه يجب الرجوع دائماً الى رأي الاطباء في معرفة الأمراض ودرجة خطورتها ومدة شفائها حتى في القوانين التي لم تنص على ذلك ، ولا يجوز الرجوع الى المصادر الفقهية في هذا الموضوع لاثبات الأمراض بوسائل عرفت في عصر تدوين تلك الكتب ، ولا عيب فيها الا أننا في عصر أصبح فيه الطب هو المعول عليه في معرفة الأمراض وتقدير درجة خطورتها .

وقد نص الفقهاء كثيراً في وجوب الرجوع الى أهل الخبرة في مثل هذه الأمور .
٤) ان بعض القوانين كاللبناني اشترطت على الزوجة اذا ما طلبت التفريق لعيب في زوجها ان تكون سليمة من الأمراض التي تحول دون الاتصال الجنسي .

وشرط السلامة من العيوب لمن يطالب بالتفريق شرط معقول بالنسبة للعيوب الجنسية فقط وهذا مأخوذ من المذهب الحنفي لأن الأصل عندهم ان لا تفريق بغيرها .

أما اذا كان هناك عيب غير جنسي بأحد الزوجين وكان طالب التفريق مريضاً بمرض آخر يبيح له التفريق ففي رأينا لا مانع من التفريق لأن الانسان قد يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه .

٥) وقد فرقت معظم القوانين بين العيوب غير الجنسية فأجازت التفريق بسببها سواء اكان ذلك قبل الدخول ام بعد الدخول ، اما في العيوب الجنسية في الرجل . فلم تجز ذلك إلا قبل الدخول ، فإذا تم الدخول سقط حق الزوجة في طلب التفريق .

وهذا في رأينا وان أجمع عليه الفقهاء فهو محل نظر فإن مناط التفريق في جميع تلك العيوب والأمراض هو الضرر وأي ضرر أشد من أن تعيش المرأة مع زوج عنين طيلة حياتها لا يصل اليها وكل ذنبها أنه وصل اليها في العمر مرة .

من أين استمدت القوانين العربية مواد التفريق للعيوب ؟ ...

يذهب شراح القانون الى ان المصدر لهذه المواد هو المذهب المالكي الذي أخذ منه المشرع في معظم القوانين العربية مواد التفريق لدى القاضي سواء في الشقاق والضرر ام في العيوب ظناً منهم ان الامام محمداً حدد العيوب غير الجنسية بثلاثة فقط وهي الجنون والجدام والبرص .

ولكنني بعد ان حققت مذهب محمد في التفريق للعيوب في انه لم يحصرها بعدد معين بل كل ما ينفر منه المرأة او كان مرضاً معدياً فللزوجة ان تطلب التفريق ، استطيع ان اخالف جميع شراح القانون فأقول ان مصدر هذه المواد هو المذهب الحنفي .^(١)

ومأ يؤيد وجهة نظري في هذا ثلاثة أمور : —

١ — ان القوانين العربية المشار اليها اعتبرت التفريق للعيوب طلاقاً بئنا وهو من المذهب الحنفي خلافاً للحنابلة والشافعية .

٢ — انها اعطت الحق للزوجة دون الزوج حسب المذهب الحنفي بينما في بقية المذاهب هو حق للزوجين .

٣ — ان مذهب محمد هو الوحيد بين المذاهب الذي لم يحصر العيوب في الرجل بينما بقية المذاهب وان توسعت في تعداد العيوب ولكنها ذكرت على ان هذا التعداد على سبيل الحصر .

وينبني على هذا الخلاف أمر هام وهو في الرجوع الى أي المذاهب في حال نقص المواد في حادثة معينة لم يأت بها القانون . ولهذا فأني أرى في حال وجود نقص في مواد التفريق للعيوب في القوانين التي حصرت هذا الحق ومنجته للزوجة دون الزوج فيجب الرجوع فيه الى المذهب الحنفي .

(١) هذا ما عدا القانون المغربي حيث نص صراحة على اعطاء حق التفريق بسبب العيوب لكل من الزوجين وهذا مأخوذ عن مذهب مالك .

وهذا لا يتنافى مع ما رجحناه من أنه لا مبرر للتفرقة بين الزوج والزوجة في التفريق ولا يتنافى مع ما سنقترحه من مواد في هذا الموضوع لأنه طالما نفسر القوانين في نصوصها الحالية فلا مناص من الرجوع الى مصادرها الأصلية . وقد انفرد القانون السوري بالنص على ان حق التفريق بسبب العنة لا يسقط بحال وحسناً فعل .

هذه نظرات سريعة في قوانين البلاد العربية وسوف نستعرض التطبيق العملي في كل من الجمهورية العربية المتحدة والجمهورية العربية السورية لنرى ما ذهب اليه الاجتهاد القضائي وما وضع من مبادئ فالاجتهاد دائماً طليعة التشريع في كل العصور .

• • •

الفرع الثالث

الاعتبارات القضائية

عدم حصر العيوب . اثبات المرض بمعرفة اهل الخبرة :
جاء في حكم لمحكمة بور سعيد^(١) : تقبل الدعوى من الزوجة باصابة زوجها
بمرض الزهري ، او اي مرض معد يخشى من بقائها معه الضرر حتى اذا ثبت
ذلك فرق القاضي بينها . ولا عبرة بحصر الفقهاء للعيوب المسببة لفسخ النكاح
متى قرر اهل الخبرة عدوى المرض .

إذا طال علاج المريض يتعين التطبيق . إذا ما طلبت الزوجة ذلك .
جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية^(٢) .
اذا قرر الطبيب الشرعي ان الزوج لا يزال مريضاً بمرض عقلي من طبيعته
احتمال تكرار النوبات وتطراً عليه عقب كل نوبة تغيرات مرضية نفسية مع
اطراد في ضعف ارادته ونقص ادراكه وانحطاط عقلية ، وان هذا المرض
من الجائز شفاؤه في بعض الاحوال الا ان علاجه قد يطول . مما يعرض بقاء
الزوجة معه للضرر فانه يتعين التطبيق .

هل يعتبر السكوت عن العيب رضا يسقط حق التفريق :

جاء في حكم لمحكمة طلخا الشرعية^(٣) :

(١) محكمة بور سعيد الشرعية هـ ذي الحجة ١٣٥٠ في ١١ ابريل ١٩٣٢ مجلة المحاماة
الشرعية ص ٩٠٤ س ٩٤٥

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩/١٠/١٩٥٧ مجموعة صالح حنفي ج ٢ ص ٢١٥ .

(٣) محكمة طلخا الشرعية ٣ صفر ١٣٥٣ في ١٦ مايو ١٩٣٤ المحاماة الشرعية ص ٦

ع ٦ ص ٧٨٥

« لا يجاب طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها لجنونه متى ثبت علمها بذلك ورضاؤها بما شرته وهو على هذه الحالة » .

ونحن لانوافق على ما جاء في هذا الحكم لان سكوت المرأة وهي تأمل شفاء زوجها يجب الا يكون عقوبة لها تسقط حقها في طلب التفريق والا اسرعت الزوجات الى طلب التفريق اثر كل مرض اصيب به الزوج خشية ان يسقط حقها في التفريق اذا ما طال صبرها على مرض زوجها .

وقد صدر حديثاً عن محكمة الاسكندرية الابتدائية^(١) حكماً يؤيد ما ذهبنا اليه :

« فعدول المدعية عن رفع دعوى التطليق لاصابة الزوج بالجنون مدة عامين لا يعتبر رضاءً منها بالعيب الذي اصاب زوجها اذا انها كما قالت في عريضة دعواها كانت تأمل شفاؤه وترجو براه ليعود اليها ويستأنفاحياتها الزوجية وليس الرجاء والامل في الشفاء من المرض رضاء به . هذا فضلاً عن أن التعجيل برفع الدعوى عقب المرض مباشرة يتنافى مع ما يجب ان تتحلى به الزوجة الصالحة وفاء واخلاصاً للزوج » .

اذا سرى مرض الزوج الى الزوجة كان موجباً للتفريق .

جاء في حكم لمحكمة شبين الكوم الابتدائية الشرعية^(٢) : اصابة الزوجة بالمرض نتيجة لمرض تناسلي عند الزوج موجب للتفريق بينهما .

• • •

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٨/١/٤ رقم ٢٥٦

(٢) محكمة شبين الكوم الابتدائية الشرعية ٢٨ محرم ١٣٦٦ في ٢٢ ديسمبر ١٩٤٦
المقامة الشرعية . ص ١٤٢ س ١٨

التفريق للعيوب الجنسية :

جاء في حكم لمحكمة الاقصر الشرعية^(١) : « والتشريع الجديد لم يتعرض بشيء لطلب الحكم بالتفريق بالطلاق بسبب العنة بل ابقى الحكم فيه لما ذهب الامام ابي حنيفة ، والنص صريح في ان الزوج اذا وطئ زوجته ولو مرة واحدة زال عنه وصف العنة ولم يبق لزوجه من حق في طلب التفريق بينها وبينه بسببها » .

وهذا الحكم من حيث انطباقه على القانون صحيح لاشك فيه .
ولكننا نرى انه ليس من العدالة أن تبقى امرأة زوجة لرجل لا يقار بها طيلة حياتها .

ويرى البعض انه يمكن التخليق في هذه الحالة للضرر ، ولكن هذا الرأي يخالف مائص عليه القانون ، فالقانون وضع مواداً للتفريق للضرر واجراءات خاصة بها كما وضع مواداً اخرى للتفريق للعلل والعيوب ولكل اجراءات .

فالتفريق للضرر يخضع فيه لنظام التحكيم ومحاولة الاصلاح بين الزوجين ، وهنا في العيوب لا محل لذلك اذ مناط الضرر تقرير الاطباء واهل الخبرة .
وفي هذا المعنى ذهبت بمحكمة الاسكندرية في حكم لها^(٢) :

اذا كانت الثابت من الدعوى ان المدعية مقرة باتصال زوجها بها اتصالاً جنسياً اعواماً طويلة أنجبت فيها منه فان الادعاء بالعنة حتى لو صح حديثها لا يكون سبباً للتخليق ولا محل للقياس على حالة الزوج الذي يهجر زوجته

(١) محكمة الاقصر الشرعية ٤ رمضان ١٣٥٢ في ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ الحماية الشرعية

ص ١٧١ س ٦٤

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١/٥/١٩٥٨ صالح حنفي ٢/٢٢٧ وفي حكم لمحكمة

نجع حمادى الشرعية ١٢ جادى الاول ١٣٦٤ في ٢٤ ابريل ١٩٤٥ جاء فيه : ان التخليق للضرر لا يتناول التخليق للضرر .

اكثر من سنة التي نص عليها القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ في المادة ١٢ سنة لان ذلك نص محدود صريح في الحالة التي ورد بشأنها ولا محل للتوسع فيه ولا اجتهاد مع النص .

وجاء فيه أيضاً : ان التطبيق للضرر شرع في حالات الشقاق لسوء المعاشرة والهجر وما الى ذلك من كل ما يكون للزوج دخل فيه . اما المرض فهو عرض من الاعراض البشرية التي ليس للانسان دخل فيها .

ولهذا فالتنا ندعو الى تعديل القانون المصري وبقية القوانين المماثلة وجمعها

تتفق مع بقية مواده في التفريق للضرر فان زوجة العنين تتضرر من زوجها

اكثر من اي ضرر آخر ولا نجد لرأي الفقهاء فيما ذهبوا اليه سنداً او دليلاً يمكن

الاحتجاج به في هذا الموضوع .

يقول استاذنا الجليل الدكتور مصطفى السباعي في شرحه قانون الاحوال الشخصية السوري في هذا الموضوع (١) : « وهذا قول بعيد عن حكمة التشريع ومناف لسكن النفس وحصول المودة والرحمة التي ارادها الشارع بمشروعية الزواج ، ولا نعلم لهذا الحكم سنداً من الكتاب والسنة بل في نصوص الكتاب والسنة ما يبطله » .

• • •

الفرع الرابع

الموارد التي يقررها لقانون الأحوال الشخصية

في التفريق للعلل والعيوب

- م ١ : لكل من الزوجين ان يطلب التفريق من القاضي اذا ما وجد
بصاحبه علة جنسية تمنع الاتصال أو مرضا معديا أو منفرا أو مخوفا .
- م ٢ : التفريق للعلل التي جاءت في المادة السابقة حق ثابت لكل من
الزوجين سواء كان قبل الدخول ام بعد الدخول .
- م ٣ : يعتمد في وصف العلل على الاطباء فان كان يرجى شفاؤها خلال
سنة لم يفرق بينهما والا فرق بناء على طلب احدهما .
- م ٤ : اذا امكن ازالة العلة من المصاب بها بعملية جراحية سقط حق طلب
التفريق اذا وافق المريض على ذلك .
- م ٥ : التفريق للعلل فسخ وليس بطلاق .

* * *

المبحث الثالث

التفريق المعبوب والأمراض لدى اليهودية والمسيحية

الفرع الأول

التفريق للمعبوب لدى اليهود

طائفة الربانيين

أجاز اليهود التفريق للعلل والعيوب بين الزوجين سواء وجد بالزوج أم بالزوجة فهو حق مشترك يعطي لكل من الزوجين إذا ما أصاب صاحبه مرض أو علة ذكرها القانون الحق في طلب التفريق .

وقد يبدو من المعقول والمنطقي أن تطلب المرأة التفريق إذا ما وجدت بزوجها علة أو مرضاً أما الزوج فقد يبدو من الغريب أن يعطى له مثل هذا الحق وهو يملك الطلاق بإرادته المنفردة . ولكن من تأمل جيداً وجد أن لا غرابة طالما أن الحق المشترك بين الزوجين من أهم آثاره سقوط بعض الحقوق المالية عن كاهل الزوج إذا ما وجد بزوجته بعض العيوب وفي بعضها الآخر تنال حقوقها كاملة . وقد توسع اليهود في ذكر العيوب . والسبب في رأينا أنهم يتطلبون من الزوج أن يكون طلاقاً لمسوغ شرعي ومن المسوغات الشرعية: العيب بالزوجة . ومن الجدير بالذكر أن نقول أن حق التفريق هذا يسقط إذا ما أطلع من له الحق على عيب صاحبه أو رضي به سواء بمعاشرته أم بسكوته عن طلب الطلاق .

اولا - عيوب الزوجة

- ١ (ظهور دم الحيض ثلاث مرات : اذا ظهر دم الحيض ثلاث مرات في الزوجة اثر الزواج وجب على الزوج تطليق زوجته .
جاء في المادة ١٥٥ : اذا تكررت ثلاث مرات متواليات عقب الزواج ظهور دم الحيض في الزوجة حين اختلاء الرجل بها حرمت عليه ووجب عليه تطليقها وليس عليه الا ما دخلت به ولا يجوز عقده عليها ثانية^(١) .
ويبدو لي ان سبب التفريق بهذه المادة يعود الى ان محل العقد وهو المتعة الجنسية غير صالح لكمال الاستمتاع ، لا للعقم لان له مادة خاصة به .
- ٢ (اذا كانت مريضة بمرض جنسي : اذا كانت الزوجة مصابة بمرض جنسي يحول دون المعاشرة الجنسية بحيث لا تليق للرجال كان للزوج ان يطلقها بدون التزامات مالية واذا عارضت الزوجة بذلك او نفت ما نسب اليها عرضت على الاطباء .
- جاء في المادة ١٥٨ : اذا ظهر ان المرأة معيبة بحيث لا تليق للرجال فليس لها عند الطلاق الا ما دخلت . فاذا هي ادعت اللياقة ، فحصت شرعا وبقيت بلا نفقة حتى يتم الفحص .
- ٣ (كل ما كان منفرا يعد عيبا : لا حصر للعيوب في الزوجة في الشرع اليهودي وكما قلنا ان سبب ذكر هذه العيوب لتبرير الطلاق لانه لا بد ان يكون لمسوغ مشروع ، ولهذا توسعوا في تعداد العيوب بحيث نستطيع ان نجزم ان ما جاء في تعدادها جاء على سبيل المثال لا الحصر .
- قالت المادة ١٦٠ كل زيادة او نقص او تاف او فساد او اي رائحة كريهة في المرأة هو عيب شرعي .

(١) الاحوال الشخصية للاسرائيليين .

٤) اذا علم بالعيب فلا حق له بالتفريق لذلك : ان مجرد علم الزوج بالعيب زوجته يسقط حقه في طلب التفريق لهذا السبب ويعتبر سكوته رضا ، والفرق بين علمه بالعيب وعدم علمه وهو في الحالين يملك الطلاق ، هو من حيث الالتزامات المالية التي تتروى على كل حالة منهما .

م ١٥٩ : اذا ظهر بالزوجة عيب شرعي لم يكن يعلم به الرجل فليس لها عند الطلاق الا ما دخلت به بكر ا كانت ام ثيبا .
م ١٦١ : اذا كان العيب غير خفي او علم به الرجل وسكت عد راضيا به فاذا رغب في الطلاق مع ذلك لزمته حقوق زوجته جميعها .
م ١٦٣ : لا تقبل جهالة الرجل بالعيب مهما كان خفيا اذا دخل على المرأة ولم يتكلم .

التطليق لعقم الزوجة :

اعتبر الشرع اليهودي عقم الزوجة البكر عشر سنوات لم تنجب فيها عيباً موجباً للتفريق . اما الثيب فيكفي لاعتبار العقم عيباً فيها مضى خمس سنوات .
جاء في م ١٤١ : ليس للرجل ان يطلق زوجته لعله العقم اذا لم يمس لها عشر سنين لم تزق فيها واذا كانت غير بكر فخمسة .

٦ - لا تفريق لجنون الزوجة :

جنون الزوجة ان كان اثناء العقد كان باطلاً ، لأنه لا يجوز عقد من لا ارادة ولا رضاء له . اما اذا اصبحت الزوجة بعد الزواج فيجب على الزوج علاجها .
م ٤٧ : الجنون المطبق في احد الاثنين مانع من الزواج والا كان باطلاً .

م ١٣٢ : اذا جنت المرأة فلا يمنع هذا من الانفاق عليها وعلى الرجل أن يعالجها ، واذا شاء التزوج باخرى جاز للسلطة الشرعية اجابة طلبه .

ثانياً — عيوب الزوج :

إذا أصيب الزوج بمرض معد وجب عليه الطلاق :

يشترط في المرض ان يكون معدياً وفي هذه الحالة لا خيار للزوج في الأبقاء على الحياة الزوجية حتى لو رضيت الزوجة بل يجب التفريق بينهما .
جاء في المادة ٢٠٣ : إذا طرأ على الرجل بعد الزواج عيب او عاهة فلا يسوغ هذا للمرأة طلب طلاقه .

وجاء في المادة ٢٠٤ : إذا كان الطاريء برصاً او مرضاً معدياً كلف الرجل بالطلاق وللشرع ان يأمر بالحيولة ولو أبت الزوجة ما لم تتعهد شرعاً أنها لا تختلي به .

والصرع ايضاً من الامراض الموجبة للتفريق :

إذا أصيب احد الزوجين بالصرع وجب التفريق مع احتفاظ الزوجة بحقوقها .
جاء في المادة ٢٠٥ : إذا كان المرض صرعاً في أحد الاثنين وجب الطلاق ولا تسقط حقوق الزوجية .

والرائحة الكريهة تعتبر عيباً :

ومما نستطيع ان نؤيد قولنا بأن العيوب غير محصورة في الرجل ايضاً انهم اعتبروا مجرد الرائحة الكريهة عيباً يوجب التفريق ولا شك انه يقاس على هذا ما هو أشد منه ولو لم ينص عليه .

جاء في المادة ٢٠٦ : إذا كان بالرجل رائحة كريهة في أنفه او فمه او لأنه اشتغل دباغاً وما اشبه جاز اجابة طلب زوجته الطلاق .

علم الزوجة يسقط حقها :

اما اذا علمت الزوجة بعيب زوجها سقطت حقها في طلب التفريق .
جاء في المادة ٢٠٧ : اذا علمت الزوجة بالرائحة او الحرفة ورضيت فليس لها طلب الطلاق .

عقم الزوج :

اذا كان الزوج عقيماً وتحققت الزوجة من ذلك كان هذا سبباً موجباً لطلب التفريق . ولها حقوقها الزوجية كاملة .
جاء في المادة ٢١٣ : اذا كان عقم الزوج محققاً وجب عليه الطلاق والزوجة مهرها وما دخلت به بلا حرمان .

العيوب الجنسية :

اما العيوب الجنسية في الرجل فاذا كانت حين العقد كان العقد باطلاً لأنه يجرم التزوج من مريض بمرض يحول دون الاتصال الجنسي .
اما اذا اصاب بعد الزواج فيجب ان يمضي عشر سنوات ان كانت بكراً وخمساً ان كانت ثيباً .

جاء في المادة ٤٥ : يجرم التزوج بمن كان مرضوض الخصيتين او مخصيها كليهما او احدهما او مجبوب الاحليل .

م ٢١٠ : اذا كان الرجل عنيماً او عقيم المأه وكانت الزوجة في عوز الى غلام جاز لها طلب الطلاق .

م ٢١١ : يجب ان يكون مضي عشر سنين او خمسة حسب نص المادة ١٦٤^(١) .

(١) نص المادة ١٦٤ : عقم الزوجة عشر سنين او خمساً اذا كانت ثيباً يوجب على الرجل شرعاً ان يطلقها ولها ما لها من الحقوق في المقد .

ويلاحظ ان الفرق بين عقم الزوجة وعقم الزوج : ان الزوج ليس له ان يطلق زوجته ان كانت عقيمة قبل عشر سنين ان كانت بكراً وان كانت ثيباً فلا يجوز طلاقها قبل خمس سنوات أما عقم الزوج فيختلف ان كان عقمه محققاً فيجب عليه الطلاق دون مراعاة للزمن .

أما اذا لم يتحقق عقمه وكانت الزوجة بحاجة الى غلام جاز لها طلب الطلاق مع مراعاة المدد الزمنية التي حددها القانون بالنسبة لعقمها .

اذا رجي شفاء المريض فلا تفريق :

اذا اصيب الزوج بمرض من الامراض المعدية فعلى الزوجة ان تصبر ستة أشهر فان رجي شفاؤه فلا تفريق والا وجب الطلاق .

نصت المادة ١٢٧ : اذا منع الرجل مرض صبرت امرأته ستة اشهر فاذا لم يشف جاز لها طلب طلاقها ولها مؤجل الصداق .

م ١٢٨ : اذا كان المرض يرجى شفاؤه فللسلطة الشرعية مد المهلة .

. . .

طائفة القرائين

تشدد القراءون في التطلق فاشتروا ان يكون لمسوغ شرعي يقدره القاضي .

اولا - عيوب الزوجة :

واعتبروا العيب من المسوغات الشرعية بحيث لا يقع الطلاق بدونه بعكس الرابانيين الذين وان اشتروا المسوغ الشرعي ولكن لم يرتبوا البطلان على عدم وجوده بل الاثم الدياني وسقوط بعض الحقوق المالية .

أقسام العيوب :

ووصف القراءون العيب بأنه مما لا يجتمل ، وقسموه الى قسمين :
١) القسم الاول : من العيوب ما كان ماساً بالدين فكل استهتار او تقصير من الزوجة بأمر من الامور الدينية يحل لزوجها ان يطلقها لأجله .
٢) القسم الثاني : من العيوب ما كان في الخلق او الخلق وقد توسعوا في هذا القسم حتى اعتبروا قصر النظر مع سلامة العينين عيبا يميز التطلق .
وفي الطلاق للعيوب تسقط حقوق الزوجة المالية سوى ما كان لديها من جهاز وما في حوزتها .

تقدير القاضي

وتقدير العيوب بأنها غير محتملة يعود للقاضي فهو الذي يقرر ان العيب يمكن للزوج الصبر عليه ام لا يمكنه ذلك .

العلم بالعيب :

ولا يسقط حق الزوج بالطلاق اذا علم بالعيب ويجوز ان يطلق ويدفع المؤجل كاملاً . اما اذا لم يكن يعلم بالعيب فلا يدفع المؤجل . هذا اذا كان العيب حين عقد الزواج .

العيب الطارئ :

اما العيب الطارئ فان كان العيب مرضاً فالمؤجل واجب اما ان كان خلقياً فلا يجب .

نفقة علاج الزوجة على زوجها :

وكذلك اوجبوا علاج الزوجة على زوجها حتى تبرأ من مرضها وان ازم من المرض .

جاء في شعار الخضر^(١) : واوجب عليه اهل الشرع علاجها اذا مرضت حتى تشفى واذا ازم من المرض واستوجب كثرة الانفاق فله ان يعطيها بما لها عنده من الحقوق وتنفق منها ولكنه مكروه .

• • •

(١) شعار الخضر ص ١١٤

ثانياً — عيوب الزوج : ولا فرق في العيوب بين الرجل والمرأة :

فللزوجة أيضاً ان تطلب الطلاق لعيب في الزوج .
جاء في شعار الخضر^(١) : واذا اعطى المسوغ للرجل حق الطلاق فهو يعطيه
أيضاً المرأة فتطلب طلاقها منه شرعاً كما يطلب فكما تطلق المرأة مختارة ومكرهة
يطلق الرجل كذلك مختاراً او مكرها . وان ابى الزوج الطلاق فالقاضي
يطلق عليه ويفرق بين الزوجين .

وقال في شعار الخضر أيضاً^(٢) : وللشرع نهي الرجل عن الاعراض واذا
طلبت الطلاق الزموه به وكذلك اذا كان غنياً أو مريضاً ومنعه المرض عنها
ستة اشهر .

كما ان طائفة القرائن اجازوا التفريق للجنون خلافاً لطائفة الربانيين .

• • •

(١) شعار الخضر ص ١٢٨

(٢) المصدر السابق ص ١١٣

المقارنة في التفريق للعيوب والامراض

بين الشريعة الاسلامية والشريعة اليهودية

اوجه الاتفاق :

انه حق مشترك لكل من الزوج والزوجة وهو ما عليه جمهور المسلمين وفي الشريعة اليهودية .

٢ - ان العيوب ليست محصورة لدى جمهور الفقهاء المسلمين حسب ما حققناه وهو ما ذهبت اليه الشريعة اليهودية .

٣ - ان مجرد علم السليم بمرض صاحبه يعتبر رضاء منه بذلك فيسقط حقه في طلب التفريق في اكثر العيوب .

٤ - كما تتفق الشريعتان في ان المرض او العيب اذا كان مرجو الشفاء فلا تفريق ، والا جاز ذلك .

اوجه الخلاف :

(١) ان التفريق للعلل والامراض في الشريعة الاسلامية هو حق للسليم من الزوجين فله ان يطالب به وله الصبر على صاحبه مع الاجر والثواب من الله عز وجل .

اما في اليهودية فالتفريق واجب على الزوج ، وقد تحرم الزوجية بينهما في بعض العيوب ، بل ولو رضيت الزوجة فلا يجوز الابقاء على الزوجية .

(٢) اعتبر الشرع اليهودي العقد باطلا اذا وجد عيب جنسي او جنون حين العقد بأحد الزوجين . اما في الشريعة الاسلامية فالعقد صحيح ولكن للسليم

ان يطلب التفريق . وقد علل فقهاء المسلمين صحة زواج المجنون بأنه قد يكون في زواجه علاجاً له من مرضه فلا يجوز حرمانه من ذلك العلاج .

٣) استثنى اليهود الربانيون الجنون من التطليق للعيوب بعكس طائفة القرائين حيث اعتبروه عيباً يميز طلب التفريق . اما في الشريعة الاسلامية فهو عيب يميز التفريق .

٤) العقم سبب موجب للتفريق بل انه الزامي في حالات عدة لدى اليهود . بينما في الشريعة الاسلامية على ما رجحناه انه سبب يسمح طلب التفريق كبقية العيوب التي تحول دون تحقيق غاية الزواج وهدفه في هذه الحياة .

• • •

الفرع الثاني

التفريق الميوب لدى المسيحية

التطليق للأمراض والعيوب في المسيحية

الاقباط الارثوذكس :

اجاز الاقباط الارثوذكس التطليق لعيب في احد الزوجين في مجموعاتهم الحديثة وخاصة في قانون ١٩٣٨ وفي مجموعة ١٩٥٥ وذلك نقلاً عن ابن قلق وعما جاء في المجموع الصفوي لابن العسال والخلاصة القانونية لايفامانوس فيلوتاؤس عوض .

ففي قانون ١٩٣٨ :

جاء في المادة ٥٤ :

إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق أو مرض معد يخشى منه على سلامة الآخر ، يجوز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض وثبت أنه غير قابل للشفاء .

ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق لاصابة زوجها بمرض العنه إذا مضى على اصابته به ثلاث سنوات . وثبت أنه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة في سن يخشى فيه عليها من الفتنة .

ونظراً لاطلاق هذا النص في التطليق للأمراض المعدية دون حصر لها فقد وجه الى القانون نقد شديد بسبب ما قيل من أنه مخالف لما ورد في الكتاب المقدس من أن الزواج ارتباط أبدي حتى الموت .

ولما في افتراق الزوج عن زوجه المريض من نكران الجميل ومنافاة لمبدأ التعاون المفروض بين الزوجين^(١).

جاء مشروع ١٩٥٥ ف قيد التطليق للأمراض :

م ٥٢ : اذا اصاب احد الزوجين بجنون مطبق يجوز للزوج الآخر ان يطلب الطلاق اذا كان قد مضى خمس سنوات على الجنون وثبت انه غير قابل للشفاء. ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق اذا اصاب زوجها بمرض العنه وثبت انه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة في سن يحشى عليها فيه من الفتنة ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنوات .

وبما أن مجموعة ١٩٥٥ لم تكتسب الصفة الالزامية لأنها لم تستكمل شروطها القانونية كان لامناص من الرجوع الى قانون ١٩٣٨ والمجموعات القديمة .

ذكر ابن لقلق^(٢) : ان الزيجة تنفسخ ... بحدوث ما يمتنع معه الاجتماع المقصود بالزيجة . وقال : واما امتناع الاجتماع المقصود بالزيجة كالحصى والجنون المطبق والجذام والبرص والعظم المانع في النساء والعنين والخنثى وما يجري هذا الجرى .

كما ان ابن العسال ذكر ان ما تنفسخ به الزيجة يشمل^(٣) :

ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة ، وهو اما طبيعي كالعنين ، وهو الذي لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع المذكور ، والخنثى ، وهو الذي له فرج الذكر والمرأة معاً في موضع واحد ، وكمن لها عظم زائد .

(١) الاحوال الشخصية نمر وحشى ص ٣٤٤

(٢) ملحق المجموع الصفوي ص ٢٤٢

(٣) ذكرت هذه العيوب في القسم الثامن من موانع الزواج بالمادة ٣٩ الا انه أحال في الفصل السادس فيما يفسخ به الزواج على القسم الثامن .

وأما عرضي وهو ثلاثة أخرى :

(١) أحدها : الخصى .

(٢) وثانيها : الجنون الذي يكون زمان الافاقة منه اقل .

(٣) وثالثها الامراض القاطعة كالجدام .

وأما البرص فالامر فيه راجع الى الاختيار .

وجاء في السبب السابع في الخلاصة القانونية في باب فسخ الزواج^(١) :

إذا حدث لاحدهما بعد الزواج ما يمنع بواسطته المقصود بالزيجة من الموانع الشخصية الغير ممكن برؤها (المبينة بالنوع الثاني من القسم الاول من المسألة السابعة عشرة) ورغب المعافى منها الفرفة بعد ان تكون مضت له مدة ثلاث سنوات مستمراً مع قرينه من عهد ما اصاب بذلك المرض المانع ولم يتمكن من الاجتماع الزوجي التناسلي وتحقق ذلك جلياً يجاب وتفسخ الزيجة .

ولو رجعنا الى ما احال اليه صاحب الخلاصة لوجدنا تحت عنوان الموانع الشخصية^(٢) « وهي كل ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة . وذلك اما ان يكون المانع طبيعياً كالعنين وهو ما لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع . والحنث وهو الذي له عضو الذكر والانثى معا . وكمن لها عظم زائد مانع . واما عرضياً (وان كان حادثاً الا انه ثابت) وهو الخشاء وما يجري مجراه من موانع الاجتماع التناسلي ان كان من جهة الذكر او الانثى والجنون المطبق والجدام والبرص . »

(١) الخلاصة القانونية ص ٣٨

(٢) المصدر السابق ص ٢٢ - ٢٣

ونلاحظ من مجموعة هذه النصوص، مع خلاف يسير في بعضها، انها اجازت التطبيق للجنون والامراض المعدية والتناسلية .

اولاً - الجنون (١) :

ذكرت المجموعات الفقهية والقانونية ان الجنون من اسباب التطبيق ويشترط في ذلك الشروط التالية :

(١) ان يكون الجنون مطبقاً أي لا يتخلله افاقة . ويلاحظ ان ابن العسال خالف ذلك فنص على هذا بقوله :

« الجنون الذي يكون فيه زمان الافاقة منه اقل » .

(٢) ان يثبت انه غير قابل للشفاء وهذا ما استحدثه قانون ١٩٣٨ ومجموعة ١٩٥٥ حيث لم يرد بالمجموعات السابقة هذا الشرط .

وبديهي ان تقدير ذلك للاطباء الذين يقررون مدى قابلية المجنون للشفاء أو عدمه .

فاذا قرر الاطباء ان الجنون قابل للشفاء فلا يجوز التطبيق .

(٣) ان يمضي على الزوج ثلاث سنوات وهو مريض بالجنون حسب ما جاء في قانون ١٩٣٨ والخلاصة القانونية .

اما في مجموعة ١٩٥٥ فاشترط مضي خمس سنوات على المرض .

ويلاحظ أيضاً أن هذا الشرط لم يرد في قوانين ابن لقلق ولا في المجموع الصفوي لابن العسال .

ثانياً - الأمراض المعدية :

انفردت مجموعة ١٩٥٥ بعدم ذكر الامراض المعدية ضمن الاسباب التي

(١) يقسم فقهاء الشريعة الاسلامية الجنون الى مطبق وهو ما استمر ذلك شهراً كاملاً دون افاقة، وقال بعضهم يشترط ان يستمر سنة فاكتر . والى جنون متقطع وهو ما كان دون ذلك . مباحث الحكم عند الاصوليين للدكتور محمد سلام مدكور .
واما في القانون المدني فلا توجد هذه التفرقة ونصت المادة ٤٥ : « لا يكون اهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن او عته او جنون » المدخل للدكتور عبد المتعم البدر اوي ص ١٦١

تبيح التطليق ولكن رغم هذا فللقضاء ان يحكم بالتفريق بناء على ماورد في المجموعات السابقة وخاصة قانون ١٩٣٨ لان المجموعة كما سبق أن ذكرنا لا تقوى على نسخ التشريعات السابقة لانها لم تكتسب صفة الالزام من الناحية القانونية . وما يجدر التنبيه اليه ان المجموعات التي جاء فيها ذكر التطليق للأمراض المعدية لم تذكر ماعدده على سبيل الحصر بل على سبيل المثال .

وقد اشترطت المادة ٥٤ من قانون ١٩٣٨ للتطليق للمرض المعدي الشروط التالية :

(١) ان يكون المرض معديا بشكل يخشى منه على سلامة الآخر .

(٢) ان يضي على المرض ثلاث سنوات .

(٣) ان يثبت طبيا ان المرض غير قابل للشفاء .

ثالثا - الأمراض الجنسية :

يذكر فقهاء المسيحية على أن غاية الزواج هي التوالد وطلب النسل (١) . ولهذا جاء في المادة ١٤ من مجموعة قواعد الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس لعام ١٩٥٥ : الزواج سر مقدس يتم بصلاة الاكليل على يد كاهن طبقا لطقوس الكنيسة القبطية الارثوذكسية يرتبط به رجل وامرأة بقصد تكوين امرة والتعاون على شؤون الحياة ويثبت بعقد يجريه الكاهن .

ويتضح من هذا ان الزواج اذا لم يحقق غايته كأن اصاب احد الزوجين بعجز تناسلي أو أي مرض تناسلي يحول دون ثمره الزواج كان للطرف الآخر ان يطلب التطليق من القاضي .

على انه يلاحظ ان قانون ١٩٣٨ ومجموعة ١٩٥٥ قصر التفريق بسبب العجز الجنسي على الرجل دون المرأة فقد ذكر العنة في الرجل فقط سببا من أسباب التطليق مع ان المجموعات السابقة لم تحصر هذه العلل بل ذكرت كل مامنع المقصود من الزيجة من عيب يحول دون الجماع سواء كان في الرجل أم في المرأة .

(١) الاحوال الشخصية المصريين غير المسلمين حلمي بطرس ص ٩٧

وهذا نقص في التشريع ، فضلاً عن أن المصلحة تقتضي التفريق بين زوجين أصبح أحدهما لا يستطيع أن يقوم بواجبه الزوجي نحو الآخر .
وشروط التطلق كما جاءت في المجموعتين الأخيرتين هي :
(١) أن يثبت أن مرض العنة غير قابل للشفاء^(١) .
(٢) أن تكون الزوجة في سن تحشى فيه الفتنة إذا تركت بدون زواج .
(٣) أن يمضي على الزوج المريض ثلاث سنوات كما جاء في قانون ١٩٣٨ وخمسا كما جاء في المجموعة ١٩٥٥ .

الروم الارثوذكس :

أجاز الروم الارثوذكس التطلق إذا ما وجد بأحد الزوجين علة جنسية خفيت على الطرف الآخر ، وكذلك في حالة الجنون والجدام .
نصت المادة ١٢ من قانون ١٩٣٧ :

« لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعدم مقدرة الآخر على استيفاء فرض الزواج بالجماع ، إذا كانت هذه العلة موجودة حين عقد الزواج وكان يجملها الطالب ودامت ثلاث سنوات من حين الزواج واستمرت الى وقت رفع الدعوى وللزوجة أن ترفع دعوى الطلاق ولو قبل فوات الثلاث سنوات في حالة ما تكون عنه الزوج مستمرة وغير قابلة للشفاء ومشبوة بفحص طبي قانوني » .
ويلاحظ أن حق طلب التطلق مشترك ، فالرجل أو المرأة أن يطلب ذلك إذا ما وجد بصاحبه علة تمنع الاتصال الجنسي . على أنه يشترط أن تكون العلة وقت العقد . أما العلة الطارئة فلا يجوز الفسخ بسببها .

ونصت المادة ١١ : « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق في حالة ما يصاب الآخر في قواه العقلية لدرجة تجعل حياة قريبه معرضة للخطر ، ولا يكون

(١) ولكن يلاحظ أن تقدير الأطباء لعدم قابلية العنة للشفاء ليس من السهل دائماً ولهذا فإن للمحكمة تقدير ذلك . اهـاب اسماعيل ص ١٦٥ انحلال الزواج لدى الارثوذكس .

لهذه العلة أي أمل بالشفاء ، وتكون قد دامت ثلاث سنوات اثناء الزواج .
ولكل من الزوجين أن يطلب أيضاً الطلاق اذا اصاب الآخر بالجلام^(١).

الكانوليك :

نصت المادة ٥٨ من التقنين الكاثوليكي الشرقي الصادر في سنة ١٩٤٩ :
(١) العجز السابق المؤبد سواء أكان من طرف الرجل أم من طرف المرأة
وسواء أكان الزوج عارفاً به أم لا مطلقاً كان هذا العجز أم نسبياً ، يبطل
الزواج بحكم القانون الطبيعي نفسه .

(٢) اذا ارتيب في مانع العجز سواء أكان الريب من قبل القانون أم من
قبل الواقع فلا يمنع الزواج .

وهكذا نجد ان الكاثوليك رغم انهـم يحرمون التطليق ولكنهم أمام
الضرورات الملحة اعتبروا العجز الجنسي من موانع الزواج اذا وجدت اثناء
عقد الزواج ولم يحصل دخول .

هل يعتبر العقم من العلل المجيزة للتطليق في المسيحية ؟ ..

لم تنص مجموعات الاقباط الارثوذكس على التطليق لعلّة العقم في احد
الزوجين ألا ان الشريعة الارمنية اجازت ذلك قبل صدور تقنينها الجديد
المطبق في مصر حالياً .

يقول الدكتور شفيق شحاته^(٢) : « وقد خالف التقنين تقاليد الشريعة
الارمنية كذلك عند ما نص بالفقرة الثانية من المادة ١١ على ان « عقم الرجل
أو المرأة لا يجعل العقد باطلا » - فقد عرفنا ان عقم المرأة وان لم يفرّد في اي

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور شفيق شحاته ١٦/٤

(٢) انصدر السابق ٣٢/٤

وقت من الأوقات الى ابطال عقد الزواج عند الارمن ، الا أنه كان يؤدي عندهم الى فسخه » .

واننا نرى ان قانون الاقباط الارثوذكس وان لم ينص صراحة على الاعتداد بهذا العيب ولكن النصوص المتواترة عن رجال الكنيسة تؤكد ان غاية الزواج هو حفظ النوع البشري عن طريق التناسل والتوالد ولهذا فهم اجازوا التفريق للعلل الجنسية لانه يحول دون ذلك بل انهم لم يقتصروا على العيوب بل قالوا وكل ما جرى مجرى ذلك ، وبما ان العقم يحول دون تحقيق ثمره الزواج فوجب الاعتداد به سبباً من اسباب التفريق .

ويقول الدكتور اهاب اسماعيل^(١) : « ولكننا نرى ضرورة الاعتداد بالعقم كسبب من اسباب التطليق في شريعة الاقباط الارثوذكس »^(٢).

(١) اهاب اسماعيل ص ٢٢٠ انحلال الزواج لدى الارثوذكس .
(٢) وقد اختلف الاجتهاد القضائي في الاعتداد بالعقم كسبب يميز التفريق .

الاجتهادات القضائية

ونظراً لتعدد مصادر الشريعة المسيحية وخاصة لدى الاقباط الارثوذكس الذين توسعوا في التطبيق نرى انه لا بد من الرجوع الى القضاء لمعرفة مدى تطبيق هذه النصوص .

الاعتداد بالعقم كعيب يميز التطلاق :

« لما كان الغرض من الزواج حسباً ترمي اليه الشريعة المسيحية هو انجاب الذرية بحيث تنتفي معه اذا ثبت انه لن يؤدي لهذه الغاية المرجوة ، وقد انقضى على الزواج هنا زهاء الاربعة عشر عاماً دون انجاب اطفال لعقم الزوجة فان في ذلك ما يدعو الى الطلاق^(١) .

وفي هذا المعنى ايضاً : « كون الزوجة عاقراً لا تنجب رغم مضي عشر سنوات على زواجها وتقدير الطيب بعدم احتمال حملها وظهور عدم الاحتمال من سنها كذلك يبرر طلب الزوج الطلاق^(٢) » .

عدم الاعتداد بالعقم :

وعكس ذلك : « ان القول بان الزوجة عقيم لا يعتبر هذا سبباً لفصم رابطة الزوجية لان الشرع لدى الاقباط الارثوذكس يأخذ بمبدأ التمسك بالقانوني لاسباب التطلاق^(٣) » .

(١) محكمة الزقازيق الابتدائية للاحوال الشخصية ١٩٥٦/١٢/٨

(٢) حكم مجلس علي فرعي دمنهور للاقباط الارثوذكس ١٩٥٥/٥/٢١ صالح

حنفي ١٠٨٩/١ .

(٣) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٧/٣/١٣ دكتور رفعت خفاجي ص ١٣١ .

وجاء أيضاً : « ليس في شريعة الاقباط الارثوذكس ما يبيح الطلاق لعدم انجذاب الذرية ^(١) » .

التطليق للمرض خشية العدوى :

« لما كان قضاء هذه المحكمة قد استقر على اعتبار المرض سبباً من اسباب الطلاق لدى الاقباط الارثوذكس ، الا ان ذلك مقصود بان يكون هذا المرض من الامراض التي تلحق ضرراً جسيماً بالزوج الآخر سواء كان ذلك الضرر من ناحية خطر انتقال عدواه اليه او من سيورته حائلاً دون تحقيق أي غاية من غايات الزواج ، والا يكون هذا المرض قابلاً للشفاء ، فاذا كان يرجى شفاؤه فينبغي ألا تطول مدته الى الحد الذي يترتب على الضرر ^(٢) » .

طلب التفريق هو حق للمسلم دون المريض :

« ان رغبة الزوج في التخلص من الحياة الزوجية لا تبرر اجابته لطلب الطلاق ولو كان سنده قرحة عشرين عاماً بعدته وسوء حالته الصحية مما حال دون الوفاء بالمعاشرة الزوجية وادى الى استمرار النزاع لمدة عشر سنوات وترك مسكنه ما دامت الزوجة تعلم بحالته وترضاه وترعاه اثناء مرضه ^(٣) » .

التطليق للجنون :

« مرض الزوج بمرض عقلي مدة تزيد عن خمس سنوات مع استمرار المرض وعدم انتظار شفاؤه يبيح للزوجة طلب التطليق من زوجها ^(٤) » .

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١١/٢٤ / ١٩٥٦ صالح حنفي ٤٨٩/٢

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/٣/٩

(٣) مجلس ملي فرعي اسكندرية ١٦/١٢/٩٥٥ صالح حنفي من ١٨٩ و اشار اليه الدكتور خفاجي ص ٧٢ .

(٤) محكمة دمهور الابتدائية ١٠/٤/٩٥٦ حنفي ٤٧٦/٢ .

التطبيق للعنة النفسية :

« اذا ثبت من التقرير الطبي الشرعي ان الزوج مصاب بعنة نفسية بالنسبة لزوجته وان الامل في شفائه منها ضعيف فقد قام ما يمنع الاجتماع المقصود بالزواج فيكون طلب التطبيق في محله »^(١) .

حصر الأمراض المسوغة للتطبيق والاعتداد بقانون ١٩٣٨ :

« لانجيز شريعة الاقباط الارثوذكس التطبيق بسبب كل مرض يصيب أحد الزوجين والا لما كانت معاونة او مساعدة من جانب أحد الزوجين للآخر وانما وضع قانون الأحوال الشخصية الاقباط الارثوذكس الصادر في ٩ / ٥ / ١٩٣٨ ضوابط استمدها من روح رجال الدين ونصوصهم »^(٢) .

وفي هذا المعنى « ان المرض الذي عزاه الزوج لزوجته مردوده بأن الشرع لدى الاقباط الارثوذكس يأخذ بمبدأ التهديد القانوني لأسباب الطلاق ، وان المقصود بالمرض الذي يبرر التطبيق في مدلول المادة ٥٤ من قانون الأحوال الشخصية ان يصاب أحد الزوجين بجنون مطبق او بمرض معد يخشى منه على سلامة الزوج الآخر وان يكون قد مضى عليه ثلاث سنوات وأن يثبت أنه غير قابل للشفاء فإنه إذا ما تخلفت أحد هذه الشروط الأربعة فهو حتماً لا يخول الحق في طلب الطلاق »^(٣) .

ونحن لانوافق على ما ذهبت اليه المحكمة في حصرها الأمراض المجيزة للفسخ أو

التطبيق لأن النصوص القديمة التي استمد منها قانون ١٩٣٨ وبمجموعة ١٩٥٥ والتي

لاتزال تعتبر المرجع الأول لقضاء الأحوال الشخصية لدى الاقباط الارثوذكس لم

تأت بالعيوب والعال على سبيل الحصر بل جاءت بذكرها على سبيل المثال^(٤) .

(١) محكمة اسكندرية الابتدائية ٩٥٧/٦/٢٥ .

(٢) استئناف القاهرة ١٩٥٨ / ٣ / ٢٠ .

(٣) استئناف القاهرة ١٩٥٦ / ١١ / ٢١ .

(٤) ومن يذهب الى عدم الحصر في الأمراض المسوغة للطلاق الدكتور اهاب اسماعيل

ص ١٦٩ المحلل الزواج لدى الارثوذكس .

وقد اشترط القضاء لمن يطلب التطليق لمرض اصاب زوجه الا يكون قد تسبب في مرضه او تساهل في علاجه او قصر في تقديم واجب المعونة اليه حتى اصاب بالمرض وذلك لئلا يستفيد المقصر والمهمل من تقصيره واهماله .

فاذا كان سبب المرض راجعاً الى فعل الزوج او بخطأه ، فان مثل هذا المرض لا يعطي الحق للزوج في طلب التطليق كما لو ان الزوج لم يقدم لزوجته المسكن الملائم أو الرعاية الصحية التي يجب ان يوفرها لزوجته حسب امكانياته المادية واصيبت زوجته بمرض نتيجة ذلك فلا يجاب الى طلبه بالتطليق جزاء اهماله وتقصيره^(١) .

• • •

(١) في هذا المعنى حكم محكمة القاهرة الابتدائية ٩٥٦/٢/٩ وحكم آخر لمحكمة استئناف القاهرة ١٩٥٧/٣/٢٠ رفعت خفاجي ص ٧١ .

ملاحظاتنا على ما جاء من مواد التفريق

للأمراض والعيوب في المسيحية

(١) لم يكن التفريق للعيوب والأمراض قبل عصر ابن العسال :

يلاحظ في تاريخ التشريع المسيحي أن التفريق للعلل والأمراض بين الزوجين لم يكن معترفاً به قبل عصر ابن العسال فهو الذي وضع هذه القواعد إذا ما أصاب أحد الزوجين علة جنسية أو معدية خشي منها على الزوج الآخر .
جاء في كتاب الأحوال الشخصية لغير المسلمين^(١) :

لم تجز قوانين التطليقات لجنون أحد الزوجين . ولكن ابن العسال قد انفرد من بين الفقهاء الأقدمين بإجازة التطليق في هذه الحالة .

ويقول في محل آخر^(٢) : إذا عرض لأحد الزوجين ما يمنع الاجتماع المقصود بالزيجة بينها لم يكن في القوانين القديمة ما يمكن حلها ثم تدرج الفقهاء في إجازته فقال ابن لقلق بجوازها إن استمرت عنة الزوج ثلاث سنوات وتبعه في ذلك ابن العسال^(٣) .

ونحن إذا رجعنا إلى تعريف العيوب كما جاءت في المجموع الصفوي لابن العسال نجد التشابه الواضح بين ما ذكره وما جاء في كتب الفقهاء المسلمين مما لم تعرفه الكنيسة من ذي قبل .

وفي هذا يقول الدكتور شفيق شحاته في كتابه الأحوال الشخصية^(٤) :

(١) الأحوال الشخصية لغير المسلمين الفتي وحشي ص ٢٥٤ .

(٢) المصدر السابق ص ٣٥٥ .

(٣) يلاحظ هنا أن ابن لقلق هو الذي طلب من ابن العسال وضع كتاب في الأحوال الشخصية للاقباط الأرثوذكس فيها في عصر واحد .

(٤) الأحوال الشخصية لغير المسلمين ١/٤ شفيق شحاته .

وقد رجع ايضاً ابن العسال الى كتب الفقه الاسلامي ، وبوجه خاص الى كتب ابن اسحاق الشيرازي في المذهب الشافعي (١) .

(٢) توسع المحاكم فيما ذهبت اليه :

ومن استعراضنا لما ذهبت اليه المحاكم نرى انها لم تنقيد بمجموعة ١٩٥٥ بل تجاوزت قانون ١٩٣٨ الى المجموعات الفقهية القديمة باعتبارها المنبع الاول والمصدر لهذه التشريعات . وفي هذا دلالة على المرونة التي يسير عليها القضاء المصري . مستلهاً في هذا المصلحة والضرورات العملية .

واكثر من هذا فان اشتراط مدة ثلاث سنوات على الزواج حتى يميز للطرف الآخر طلب التفريق كما جاء في القانون لا أصل له حتى قالت بعض المحاكم ان هذا اشتراط تحكيمي لا أصل له بين المصادر الفقهية القديمة .

(٣) عدم حصر العيوب :

كما نلاحظ أن بعض الاجتهادات القضائية لم تنقيد بالعيوب التي جاءت بالقانون حصراً كالتفريق بسبب العقم .

(١) راجع ما كتبناه في التمهيد في هذا الكتاب .

المبحث الرابع

التفريق المعيوب في قوانين البهرو الامنية

التفريق للعلل والمعيوب في القانون الايطالي :

توسع القانون الالماني في التفريق للعلل والمعيوب بين الزوجين فأجاز لكل منها ان يطلب التطلق من القاضي في حالات ثلاث :

(١) تصدع الحياة الزوجية لخلل في القوى العقلية لأحد الزوجين :

م ٤٤ : اذا اصيب احد الزوجين بخلل في قواه العقلية ادى الى انفصام رباط الزوجية انفصاماً بالغاً بحيث لا يتصور معه دوام المعيشة بين الزوجين .

(٢) المرض العقلي :

م ٤٥ : اذا اصيب احد الزوجين بمرض عقلي بليغ يؤدي الى زوال الوفاق بين الزوجين زوالاً نهائياً .

(٣) الأمراض المعدية والمنقورة :

م ٤٦ : اذا اصيب أحد الزوجين بمرض عضال معد او تعافه النفس وتعذر تحديد مدة شفائه منه ^(١) .

على ان المادة ٤٧ من القانون الالماني قيدت حق التطلق بهذه المواد بعدم الاضرار بالزوج المريض اضراراً بليغاً بحيث لو كان التفريق يسيء اليه في صحته

(١) الاحوال الشخصية للاجانب ص ٥٩

اساءة بالغة فلا يجوز التفريق مراعاة لقواعد الاخلاق والالتزام بالاخلاص الزوجي . وهذا كله متروك لتقدير القاضي حسب ظروف كل مريض ومقدار الامل بشفاؤه^(١) .

ويلاحظ في التفريق للأمراض حسب المواد السابقة :

(١) ان العيوب والأمراض التي نص عليها القانون غير محصورة فكل مرض معد او منفر يميز طلب التطليق .

(٢) ان حق طلب التطليق منوط بعدم الاضرار بالمريض ضرراً بالغاً .

(٣) يستعين القاضي على تقدير خطورة المرض بالأطباء .

(٤) يشترط في التطليق لخلل في العقل ان يؤدي الى استحالة الحياة الزوجية

وفي بقية الأمراض يشترط تعذر الشفاء في وقت قريب والا فلا تفريق .

• • •

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي ٦٧٩ .

التفريق للعالم والمعيوب في القانون اليوناني

أجاز القانون اليوناني لكل من الزوجين أن يطلب التطلق إذا ما أصيب صاحبه بمرض البرص او الجنون، كما أجاز القانون التطلق إذا ما كان أحد الزوجين مصاباً بالعجز الجنسي اثناء عقد الزواج ولم يعلم الآخر به (١).

م ١٤٤٣ : آفة العقل : - لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق إذا أصيب الآخر بآفة في العقل من شأنها ان تجعل التفاهم بينهما مستحيلاً ، اذا استمرت هذه الحال أربع سنوات على الأقل خلال مدة الزواج .

وهذا أمر يخضع لتقدير القضاء اكثر من خبرة الاطباء لانه لم ينص على ان المرض يجب ان يكون غير قابل للشفاء بل قال من شأنه ان يجعل التفاهم بين الزوجين مستحيلاً . وكل ما شرط القانون هو مضي اربع سنوات على المرض اثناء الزواج (٢) .

م ١٤٤٤ : البرص : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق اذا اصيب الآخر بالبرص (٣).

ولا يجوز القياس على هذا النص بالنسبة الى أي مرض آخر مهما تكن خطورته او خطر العدوى منه ، او انتقاله بالوراثة .

م ١٤٤٦ : العنة : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق لعنة بالزوج الآخر اذا كانت هذه الحالة قائمة وقت انعقاد الزواج دون ان يعلم بها المدعي ،

(١) التقنين المدني اليوناني ص ١٥٩ .

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للشرقاوي ص ٣٠٦ .

(٣) الاحوال الشخصية للأجانب جميل خانكي ص ٢٥٣ .

- واستمرت ثلاث سنوات منذ هذا التاريخ مع بقائها وقت رفع الدعوى .
ويشترط لتطبيق هذا النص كما هو واضح ثلاثة أمور :
- (١) ان تكون العنة موجودة حين عقد الزواج .
 - (٢) ان لا يعلم بها الطرف الآخر .
 - (٣) ان تستمر ثلاث سنوات بعد زواجهما .
- ولا فرق في هذا بين الرجل والمرأة فكما يكون العجز الجنسي لدى الرجل قد يكون في المرأة لعدة فيها .^(١)

• • •

(١) في بعض القوانين الاجنبية التي لا تجيز التفريق بسبب الأمراض وخاصة التناسلية فانها أمام الضرورات الملحة ، اعتبرت وجود اي مرض تناسلي في احد الزوجين مبطلاً لعقد الزواج .
ومن هذه القوانين : قانون الولايات المتحدة الامريكية . جيل خانكي ص ٦٧ .

التفريق للعقل والامراض في القانون الانجليزي

أجاز المشرع الانجليزي لكل من الزوجين أن يطلب التطلق من القاضي اذا ما أصيب صاحبه بالجنون وكان غير قابل للشفاء وذلك في القانون الصادر في ١٩٥٠ .

وكان اول قانون صدر في انجلترا يبيح طلب التطلق هو قانون ١٩٣٧ حيث عدد اسباب التطلق فجاء قانون ١٩٥٠ فاقصر على بعضها والغى بعضها الآخر .

الجنون :

اذا أصيب الزوج بمرض عقلي غير قابل للشفاء واستمر المرض خمس سنوات جاز للزوج السليم طلب التطلق .

على ان القضاء اعتبر مجرد وجود المريض خمس سنوات تحت العلاج يعتبر قرينة على عدم قابليته للشفاء ، لأن اثبات عدم قابلية المريض للشفاء أمر ليس بالهين ^(١) .

العيب التناسلي :

كان قانون ١٩٣٧ يجيز للزوجة اذا ما أصيب زوجها بمرض تناسلي خطير أن تطلب من القاضي لتضررها من ذلك ^(٢) .

ولكن قانون ١٩٥٠ لم يذكر هذا العيب من جملة العيوب المسوغة لطلب التفريق .

* * *

(١) مذكرات الدكتور الشرفاوي ص ٤٧

(٢) الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٢٠

الفصل الثاني

التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق .

المبحث الأول :

في الشريعة الإسلامية

تقديم :

حرص الاسلام على وحدة الزوجية بما شرعه من حقوق و واجبات بين الزوجين فقد قال تعالى : « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف »^(١) و امر كلا من الزوجين بالصبر على صاحبه فان كره احدهما من الآخر امرا فقد يعجبه منه امور اخرى بل قد يكون فيما يكرهه احدهما خيرا لا يعرفه وسوف تظهره له الايام » . قال تعالى : « فان كرهتموهن فعسى ان تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا »^(٢) . والحطاب وان كان للازواج فهو للزوجات ايضا لان الله اذا اوصى الزوج بالصبر مع الكراهية وهو يملك الطلاق فلأن يوصي الزوجة بالصبر مع الكراهية بالاولى .

ولكن هذه الحياة الزوجية التي يعيشها الرجل والمرأة في بيت واحد قد تبدو في سحبها بعض ما يعكر صفاءها من نشوز احدهما او نفوره او بعدوى

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٢) سورة النساء آية ١٩

الآخر فشرع الله لكل حالة حكمها سواء كان ذلك من الزوج أم من الزوجة أم
من كليهما - كلها ترمي الى الاصلاح بين الزوجين وعودة الامور لحالتها الاولى .
وغاية الاسلام بما شرعه من امور ومحاولات للصلح ان يحول بين الزوجين
والفرقة ما استطاع الى ذلك سبيلا والا كان من السهل جداً ان يقول لكل
منهما من لم يرض بما هو فيه فليطلق او ليطلب الطلاق .
ولكن الاسلام ونظام الطلاق فيه يريد ان يجعل هذا الانفصال علاجاً
لا عقوبة ، وعلاجاً حيث لم يعد ينفع سواء .

* * *

الفرع الأول

كيف عالج الإسلام نشوز امر الزوجين

نجد امامنا ثلاث حالات بينها القرآن الكريم في نظام الأسرة حرصا على وحدتها واملا في اصلاح ذات البين .

الحالة الاولى — نشوز الزوجة

وقد جاء ذكر هذه الحالة مع علاجها في قوله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ، فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

الحالة الثانية — نشوز الزوج

وقد جاءت في الآية الكريمة : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصالحا بينها صلحا والصلح خير » .

الحالة الثالثة — نشوز كل منهما عن صاحبه دون ان يعرف من منهما المسيء

وجاء ذكر هذه الحالة بقوله تعالى : « فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما » .

المطلب الأول — نشوز الزوجة

قال الله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن » ، فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا .
والخوف هنا بمعنى الظن أي ان ظننتم نشوزهن وفي هذا ارشاد للمبادرة بالعلاج قبل وقوع الداء .

والنشوز معناه : كما فسره ابن عباس وعطاء والسدي (١) : معصية الزوج فيما يلزمها من طاعته .

جاء في الشرح الكبير : (١) معصية الزوج فيما فرض الله عليهما من طاعته . مأخوذ من النشوز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعال عما اوجب الله عليها من طاعته .

اراد المشرع الحكيم ان يكون علاج نشوز الزوجة من زوجها على مراحل ثلاث : بحيث لا ينتقل من مرحلة الى أخرى الا بعد ان يعتقد انها لم تعد تجدد .

فالمرحلة الاولى :

مرحلة الموعظة لقوله تعالى : فعظوهن .

وموعظة الرجل لزوجته هو ان يذكرها بالله وبما فرض عليها من واجبات فقد تندم وتعود الى صوابها .

جاء في مغنى المحتاج (٣) :

لو ظهرت امارات نشوزها وعظها ندبا لقوله تعالى : واللاتي تخافون ...
وبيين لها حقوق الزوج وما ورد بالشرع من ذلك .

(١) احكام القرآن للجصاص ٣٣٠/٢ .

(٢) الشرح الكبير ١٦٧/٨ .

(٣) مغنى المحتاج ٢٥٩/٣

والبدء بالموعظة والارشاد هو البدء باقرب الحلول واسهلها فقد يكون سبب النشوز امرا لا علاقة للرجل فيه ، فبالوعظ والارشاد ، يتبين له سبب هذا النفور .

جاء في المذهب ^(١) لانه يجوز ان يكون ماظهر منها لضيق صدر من غير جهة الزوج .

ولا يقتصر النصح على مرة واحدة لان النساء تختلف في تقبل الوعظ والارشاد فرب امرأة تكفيها كلمة طيبة تجعلها ترجع عما هي فيه وأخرى لا يكفيها ذلك ، فيجب على الرجل حينئذ ان ينصحها لعلها تعود الى وضعها الطبيعي فتزول الجفوة بينهما .

ولا يجوز ان ينتقل من هذه المرحلة من الاصلاح الا بعد ان يعتقد انها لم تعد تجدي فلا النصح ولا الارشاد ولا الموعظة غيرت من نفسيتها شيئا حينئذ ينتقل الى المرحلة الثانية .

قال الدردير ^(٢) : ولا ينتقل حالة حتى يظن ان التي قبلها لا تفيد .

المرحلة الثانية :

مرحلة المهجر لقوله تعالى واهجر وهن .

اذا لم يجد الوعظ والارشاد والنصح من الزوجة مرة او اكثر من مرة والزوج متمسك برباط الزوجية المقدس طاعة لأمر ربه . وحرصا على وحدة أسرته واما لبرجوع زوجته الى رشدها وصوابها ، فالمرحلة الثانية من مراحل محاولات الاصلاح هي المهجر .

والانتقال الى المرحلة الثانية بعد ان فشلت المرحلة الاولى أمر طبيعي فالعلاج اذا لم يجدي مع المريض وجب على الطبيب تغيير الدواء .

(١) المذهب ٢/٢٧٤

(٢) الدردير على خليل ٢/٤٠٢

والهجر في المضجع لا في الكلام لان الاسلام لا يريد ان يقطع حبل المودة
المتين بين الزوجين لتبقى الصلة وثيقة رجاء الاصلاح وعودة الامور الى مجاريها .
قال في التاج المذهب (١) : والهجر انما هو في المضجع لا في الكلام . ولان هجر
الكلام منهي عنه ايضا اذا زاد عن ثلاثة أيام والهجر قد يطول شهراً ولهذا
كان الهجر هجر مضجع لا هجر كلام .

جاء في الشرح الكبير (٢) : لقوله عليه السلام لما رواه أبو هريرة عنه :
لا يحل لمسلم ان يهجر اخاه فوق ثلاثة أيام .
وقال الخطاب (٣) : وغاية الهجر شهر .

ويجب أن يكون الهجر في المضجع لقوله تعالى واهجروهن في المضاجع
ولم يقل واهجروا مضاجعهن .

قال في المهذب (٤) : وأما الهجر فهو ان يهجرها في الفراش .
وفي رأيي ان الهجر هنا ليس مقصوداً في ذاته بل انه درس قاس يعطيه
الزوج لزوجته لتعرف انه جاد فيما هو فيه ، وما بعد هذا الا الفراق . وهو
في الوقت نفسه امتحان يجتازه الرجل لمعرفة هل يستطيع الصبر على فرقة
زوجته قبل ان يطلقها إذا ما استمرت في عنادها .

ان في هجر الزوج وهما في فراش واحد درس وامتحان يعرف قيمته كل
زوج وزوجة .

هذا هو المقصود من الهجر : التدرج في العلاج اذا استعصى الداء وليكون
الزوج أمام زوجته رجلاً في تصرفاته وإلا فأية قيمة لنصح وارشاد في الصباح
وسمر ومضاجعة في الليل .

(١) التاج المذهب ٧١/٢ .

(٢) الشرح الكبير ١٦٧/٨ .

(٣) مواهب الجليل ١٥/٤ .

(٤) المهذب ٧٤/٢ .

ولا يجوز ان ينتقل الى المرحلة الثالثة إلا بعد فشل هذه المرحلة وهي كما قلنا مدة يجب ألا تتجاوز الشهر وعليه ان يجرب ويحاول الاصلاح ما أمكنه والا انتقل الى المرحلة الثالثة بعد يئسه من هذه المرحلة ، وان اطاعته ونذمت ورجعت عن غيرها لا يجوز له ان ينتقل للمرحلة الثالثة : لقوله تعالى : فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا .

المرحلة الثالثة :

الضرب لقوله تعالى واضربوهن .

هناك بعض النساء من لا يكفيه الوعظ ولا يكثرث بالهجر ، فما موقف الشارع من هذا النوع من النساء ؟ .. لقد امر الاسلام الزوج ان يعظ زوجته باللين والنصح ، ففعل اكثر من مرة فلم ترجع عن خطأها ثم أمره ان يهجرها في المضجع ، فهجرها شهراً فلم ترعو فماذا يفعل ؟ ..

امام الزوج في هذه الحالة احد طريقتين :

(١) اما عرض الامر على القضاء .

(٢) او الطلاق .

وفي عرض الامر على القضاء وشرح اسباب نشوز الزوجة بما تأباه الشريعة الاسلامية حرصاً على قدسية الحياة الزوجية من ان تكون اسرارها لدى أقل مناسبة معروضة أمام القضاء وان اباح الاسلام اللجوء الى القضاء فذاك حيث لا دواء سواه . اما هنا فالامر ان أمكن حله فيما بين الزوجين فلا يجوز للغير ان يطلع عليه .

وفي الطلاق تشيتت للأسرة وتفريق لافرادها وهدم لهذا العش الذي بناه الزوجان وهو ماكرهه الاسلام وبغضه ووصفه بأنه ابغض الحلال الى الله .

فماذا يفعل الزوج المسكين اذن؟ ... ليس من المعقول ان نقول له اصبّر
بعد ان اجتاز هاتين المرحلتين مرحلة الوعظ والنصح ومرحلة الهجر .

جاءت الآية الكريمة فقالت : واضربوهن ...

والضرب كما جاء في كتب الفقه والحديث والتفسير لا ما اشتهر على السنة اعداء
الاسلام ولا على ما يفعله جهال المسلمين . هو اقرب الى المداعبة منه الى الضرب .

ومهما يكن من امر فالتأديب بالضرب خير من التأديب بالطلاق لأن اثر
الضرب لا يتعدى الزوجة بينما يتعدى اثر الطلاق الى جميع افراد الاسرة .

ولرد على اعداء الاسلام في هذا الموضوع أجد نفسي مضطراً لبحث بعض
النقط بايجاز دون شرح وتطويل :

(١) ماهو الضرب الذي جاء ذكره في القرآن الكريم .

(٢) هل هو الزامي في كل نزاع زوجي .

(٣) وهل هو لكل النساء .

(٤) واخيراً هل الضرب عقوبة يوقعها الزوج على زوجته .

١ - ماهو الضرب ؟

المقصود من الضرب هنا هو التدرج في محاولة الاصلاح بين الزوجين
والانتقال من المرحلة الثانية بعد فشلها الى المرحلة الثالثة وذلك ان اصررت
الزوجة على عنادها .

جاء في المعنى^(١) : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فان نشزن فاهجروهن
في المضاجع فان اصررن فاضربوهن .

والضرب بمجد ذاته هو الضرب غير المبرح ولا المؤذي ولا المؤلم .

جاء في المحلى^(٢) : فان عصته حل له هجرانها حتى تطيعه وضربها بما لم يؤلم

(١) المعنى ٨/١٦١ .

(٢) المحلى ١٠/٤١ .

ولا يجرح ولا يكسر . وقد ذهب ابن حزم الى ان الزوج اذا تجاوز الضرب المشروع كان للزوجة ان تطلب الطلاق من القاضي والتعزير للزوج .
وقال الدردير^(١) : ولا يجوز الضرب المبرح ولو علم انها لا تترك
النشوز إلا به .

فان وقع فلها التطليق عليه والقصاص .
وقال المواق^(٢) : وان غلب على ظنه انها لا تترك النشوز الا بضرب مخوف
لم يجز . فالضرب اذئ ضرب خفيف لا كما يصور الوهم لاعداء الاسلام ؛
ولا يجوز الضرب المؤلم ولو كان فيه نفع واصلاح لانه ضرر ولا ضرار
في الاسلام .

وقد ذكر الفقهاء ان الضرب يجب ان يكون بسواك او بمندبل وشبهوه
باللكزة او نحوها .
قال الخطاب^(٣) : والضرب في هذه الآية هو ضرب الادب غير المبرح وهو
الذي لا يكسر عظما . ولا يشين جارحة كاللكزة ونحوها .
جاء في احكام القرآن للجصاص^(٤) : مارواه ابن جريج عن عطاء قال : الضرب
غير المبرح بالسواك ونحوه .
وقال الحسن : ضربا غير مبرح وغير مؤثر .

(٢) هل الضرب الزامي :

لا الزام على الزوج ان نشز زوجته ان يضرها فقد ورد عن النبي عليه
السلام في مناسبات عدة الامر باجتنابه حتى قال بعضهم ان الضرب في القرآن
نسخ في السنة لكثرة مانهى عنه النبي عليه السلام .

(١) الدردير ٢/٤٠٢ .

(٢) المواق ٤/١٦ .

(٣) الخطاب ٤/١٥ .

(٤) احكام القرآن للجصاص ٢/٢٣٠ .

قال عليه السلام : لاتضربوا اماء الله . وقال : لقد طاف بآل محمد سبعون امرأة كلهن يشتكين ازواجهن فلا تجدون اولئك خياركم^(١) .
وجاء في معنى المحتاج^(٢) والاولى له العفو عن الضرب ، وخبر النهي عن ضرب النساء محمول على ذلك ، او على الضرب بغير سبب يقتضيه لاعلى النسخ .
وفي نهاية المحتاج^(٣) : والاولى العفو .

(٣) هل هو لكل النساء :

الاسلام جاء لجميع الناس ولتختلف الطبقات ولهذا تدرج العلاج وتنوع في الاصلاح بين الموعظة والهجر والضرب . وكثير من النساء من يكتفين بكلمة واحدة ومنهن من يؤثر فيهن هجر ليلة واحدة ومنهن من يصررن على عنادهن ، فلهذا النوع شرع الله الضرب بمحدوده وقيوده .
يقول الشافعي^(٤) : وفي ذلك دلالة على اختلاف حال المرأة فيما تعاقب فيه وتعاقب .

يقول فضيلة الاستاذ الشيخ محمود شلتوت^(٥) : والواقع ان التأديب لأرباب الشذوذ والانحراف الذين لاتنفع فيهم الموعظة ولا الهجر امر تدعو اليه الفطر ويقضى به نظام المجتمع .

...

(١) مختصر المزني ٤٧/٥ .

(٢) معنى المحتاج ٢٦٠/٢ .

(٣) نهاية المحتاج ٣٥/٦ .

(٤) مختصر المزني ٤٧/٤ .

(٥) الاسلام عقيدة وشرعية ص ١٧٦ .

٤) هل الضرب عقوبة يوقعها الزوج على زوجته ؟

الضرب الذي جاء في القرآن الكريم وكما وصفه الفقهاء هو علاج لوضع نشأ في الأسرة عن نشوز الزوجة وعدم جدوى النصيح والهجر معها، وليس عقوبة يوقعها الزوج على زوجته، بدليل أنهم قالوا لو علم أن في ضربه عدم رجوعها عما هي فيه فلا يجوز له الضرب لأن المقصود منه الإصلاح .

قال الخطاب^(١) : وإذا غلب على ظنه أن الضرب لا يفيد لم يجز له ضربها . وقال أيضاً : فإن المقصود منه الإصلاح لا غير .

وقال في تحفة المحتاج^(٢) : أما إذا علم أنه لا يفيد فيجزم .

وقال الدردير^(٣) : وأما الضرب فلا يجوز إلا إذا ظن إفادته .

وقال في المختصر النافع^(٤) : فإن لم ينجح ، ضربها مقتصرأ على ما يؤمل معه طاعتها ما لم يكن مبرحاً .

فالضرب إذن ليس عقوبة على نشوزها ولكنه علاج لتلك الحالة التي طرأت على الأسرة وتقاديا لوقوع الفارقة بين الزوجين . ولهذا قال الله تعالى : فإن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا .

أي إذا حصل الغرض بالوعظ أو بالهجر فلا تضربوهن ولو كان عقوبة لأمر بالضرب لأن المذنب لا يعفيه من العقوبة رجوعه عنها بعد ارتكابها .

وأخيراً فإنه يبدو لي أن الضرب كما جاء في الآية الكريمة وكما أحاطه الفقهاء بشروطهم وقودهم أشبه بالأمر النظري منه إلى العملي فإن الزوجة التي لا يجدي

(١) مواهب الجليل ١٥/٤ .

(٢) تحفة المحتاج ٤٥٦/٧ .

(٣) لدردير ٤٠٢/٢ .

(٤) المختصر النافع ص ٢١٥ .

معها النصح والرشاء ولا الهجر فلن يجدي غالباً معها لكزعة يد أو ضربة سواك ،
وإنما جاء ذكر ذلك في القرآن الكريم ليكون آخر الدواء لعل أحداً يلوم
المطلق اذ طلق فيقول له لو ضربتها لرجعت عن خطأها .

كما يبدو لي ان اكثر نساءنا اليوم لا يجدي معهن هذا العلاج ولهذا فلا
يجوز ضربهن اذا نشزن لان الضرب منوط بالمصلحة المرجوة منه ولا فائدة من
ضرب هذه صفاته مع اكثر نساء اليوم ^(١) .

كما اني أرى ان الزوجة اذا ضربها زوجها بشكل مؤذ او مؤلم مخالفاً في
هذا شرع الله ، فلها ان تطلب الطلاق من القاضي وعلى القاضي ان
يحكم التفريق .

كما ان للزوجة في رأينا ان ترفع امرها الى القاضي الجزائي لا للقاضي
الشرعي في أمر ضرب زوجها ضرباً مؤلماً مؤذياً ، وعلى القاضي ان يطبق
إحدى المادتين ٥٤٠ ، ٥٤١ من قانون العقوبات ^(٢) اذا رغب بالبقاء على
الحياة الزوجية .

اما اذا طلبت الزوجة الطلاق فيحق لها ذلك ويعتبر الضرب قرينة على
حصول الشقاق والضرر بين الزوجين فيفرق القاضي بينهما كما سيأتي معنا
تفصيل ذلك .

• • •

(١) وليس في هذا تعطيلاً لحكم شرعي فحاشا لله ان نجروا على ذلك ، فان الضرب وان
جاء على سبيل التدب فانه منوط بتحقيق الغاية المرجوة منه وهي اصلاح المرأة فقد يكون
الضرب في عصرنا مفيداً ولا يفيد في عصر آخر وقد يصلح بعض النساء وقد لا يؤدي الى ذلك .
(٢) نص هذه المواد على عقوبة كل من أقدم على ضرب شخص او إيذائه بالحبس او
بالغرامة ولم تستثن أحداً من ذلك .

المطلب الثاني — نشوز الزوج

قال الله تعالى : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير » .

تقدم حالة نشوز الزوجة وهذه حالة نشوز الزوج والمعنى فيها واحد . فاذا شمرت الزوجة بكرهية الزوج لها أو اعراضها عنها لسبب قد يكون منها وقد يكون منه فيجب عليها ان تحاول استرضائه لاصلاح ذات بينها .

اما ان اصر على اعراضه ، فقال الفقهاء : على الزوجة ان ترفع امرها الى القاضي ليعزره وان اصر على عناده ونشوزه ورغبت هي بالبقاء معه ، فقال بعضهم : يأمر القاضي الزوجة بهجره فان لم يفد المهجر ضربه تعزيراً .

قال الدسوقي (١) : ان كانت يضارّها بالمهجر أو الضرب أو الشتم ، زجره الحاكم اذا رفعت امرها اليه واثبتت تعدي الزوج واختارت البقاء معه فانه يعظه اولاً ان جزم بالافادة او ظنها او شك فيها ، فان لم يفد ذلك ضرب ان جزم بالافادة وظنها .

وهناك طريقة اخرى : يعظه اولاً فان لم يفد امرها بهجره فان لم يفد ضربه والطريقتان على حد سواء . ولكن الظاهر الثانية : لان هجرها له فيه مشقة عليه بل ربما كان أضر عليه من الضرب .

وقال المواق (٢) : وقالوا في الزوج أنه يسجن .

وقال الحرشي (٣) : ان الزوج اذا كان يضار زوجته فلها ان ترفع امرها الى الحاكم فاذا اثبت عنده انه يضارّها فانه يزجره عن ذلك ويكفه عنها ويقوم

(١) الدسوقي ٤٠٢/٢

(٢) المواق ١٦/٤

(٣) الحرشي ١٤٧/٣

الحاكم بزجره باجتهاده كما كان يتولى الزوج زجرها حين كان الضرر منها . هذا اذا لم ترد التطليق .

وقال العدوى في حاشيته^(١) : فان لم ينته امرها بهجره ، فان لم يفد ضربه . وجاء في نهاية المحتاج^(٢) : فلو منعها حقها كقسم ونفقة الزمة القاضي توفيته . فان اساء خلقه واذاها بنحو ضرب بلا سبب نهاء من غير تعزير لان اساءة الخلق بين الزوجين تكثر والتعزير عليها يورث وحشة فاقتصر على نهيه وجاء ان يلتئم الحال بينهما .

فان عاد لا يذائما عزره الحاكم بطلبها بما يراه . وقال في مغنى المحتاج^(٣) : وانما لم يعزره في المرة الاولى وان كان القياس جوازه اذا طلبته .

وقال الغزالي : يحال بينهما حتى يعود الى العدل ولا يعتمد قوله في العدول ، وانما يعتمد قولها وشهادة القرائن .

وجاء في تحفة المحتاج^(٤) : اجاب السبكي ومن تبعه بأن اساءة الخلق بين الزوجين تغلب والتعزير عليها يورث وحشة ، فاقتصر على نهيه وجاء ان يلتئم الحال بينهم .

• • •

(١) حاشية العدوى على الخرشي ١٤٧/٣

(٢) نهاية المحتاج ٣٥/٦

(٣) مغنى المحتاج ٢٦١/٣

(٤) تحفة المحتاج ٤٥٧/٧

المطلب الثالث — الشقاق بين الزوجين خطأ كل منهما

الحالة الثالثة من ظهور الشقاق الزوجي هو الشقاق من الزوجين أو من أحدهما دون أن يعرف من المسيء منهما .

والشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كثيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعدى هذا الضرر إلى أولادهما بل إلى جميع أفراد الأسرة لما ينشأ من بغض ونفور وعداوة لهذا شرع الإسلام نظام التحكيم بين الزوجين لإيجاد حل لهذه المشكلة الزوجية التي نشأت نتيجة الشقاق بينهما أو أضرار أحدهما بالآخر .

فإذا ظهر الشقاق بين الزوجين دون أن يعرف من هو المسبب في ذلك أو إذا خيف الشقاق بينهما قبل حصوله^(١) فقد جاء القرآن الكريم بعلاج ذلك بقوله فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ان يريدوا اصلاحاً يوفق الله بينهما .

وسنبعث نظام التحكيم بين الزوجين في الإسلام بإيجاز ثم نتناول التفريق للشقاق والضرر .

أولاً - نظام التحكيم

سندرس ثلاث نقاط في آية التحكيم :

(١) من المخاطب بقوله تعالى : فان خفتم .

(٢) من هم الحكماء وما هي شروطهما .

(٣) ماهي مهمة الحكمين .

١ - من المخاطب بهذه الآية :

أ - قال بعض المفسرين : ان المخاطب بقوله تعالى : - فان خفتم ... هو

(١) قال ابن حجر في فتح الباري : يؤخذ من الآية ... العمل بسد الذرائع لان الله

تعالى امر بعنه الحكمين عند خوف الشقاق قبل وقوعه ٩٠ / ٣٣٢ .

الحاكم .. فاذا عرف الحاكم ان شقاقا وقع بين زوجين فيجب عليه ان يرسل حكما من اهل الزوج وحكما من اهل الزوجة للاصلاح بينهما لان الحاكم هو المكلف بالسهر على مصالح العباد ومن مصلحة المجتمع تقوية الاسرة بعدم ظهور الشقاق بين افرادها .

قال الطبري ان المخاطب بذلك « السلطان الذي يرفع ذلك اليه لما روى عن سعيد بن جبير » (١) .

وجاء في تحفة المحتاج (٢) : فان اشتد الشقاق الى الخلاف بعث القاضي وجوبا والمنازعة فيه مردودة بأن هذا من باب رفع الظلمات وهو من القروض العامة والمتأكدة على القاضي حكما .

وقال الخطاب (٣) : اذا اختلف الزوجان وخرجا الى مالا يحل من المشاة كان على السلطان ان يبعث حكما ينظران في أمرهما وان لم يرتفعا ويطلبها ذلك منه ، فلا يحل ان يتركها على ما هما عليه من المآثم وفساد الدين .

ب - وقال آخرون : انما المأمور بذلك هو الزوج والزوجة والخطاب موجه اليهما فاذا شعر الزوجان بسوء المعاشرة بينهما وخشيا استعمال الشقاق اختار كل منهما حكما للاصلاح ولمعرفة الخطىء منها .

قال الجصاص ان المخاطب بذلك « ماروي عن السدي انه الرجل والمرأة » (٤) . وفي حاشية ابن عابدين (٥) : وفي القهستاني عن شرح الطحاوي : السنة اذا وقع بين الزوجين اختلاف ان يجتمع اهلها ليصلحوا بينهما فان لم يصطلحوا جاز الطلاق والخلع .

(١) تفسير الطبري ٣١٨/٨

(٢) تحفة المحتاج ٤٥٧/٧

(٣) مواهب الجليل ١٦/٤

(٤) احكام القرآن للجصاص ٢٣٢/٢

(٥) حاشية ابن عابدين ٥٧٣/٢

اقترح يجعل بعث الحكمين واجباً في كل نزاع عند كل طلاق :

من الواضح ، ما أسلفنا ان بعث الحكمين اذا خيف الشقاق بين الزوجين أمر واجب على ولي الامر او على الزوجين للاصلاح بينهما . ولت الأمر تعدى ذلك الى ما هو أخطر من الشقاق الى ايقاع الطلاق ، فاشتراط الشارع على كل زوج اراد أن يطلق زوجته أن يمر بهذه المرحلة مرحلة التحكيم وجوباً لعل في الأمر الذي دعاه الى الطلاق غموضاً يتضح له فيعدل عن قراره وليس في هذا ، حجراً على ارادته ولا على ما يريد ايقاعه ، بل كل ما في الأمر تأخير ايقاع الطلاق لقرار الحكمين فقد يصل الى حل يرضاه وإلا طلق زوجته كما يريد .

ويقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة^(١) :

قال جمهور الفقهاء : ان التحكيم واجب وجوباً حتمياً لا يصح انتزاعه فيه ، ومن يوم ان فرطنا فيه بدأ الكلام في شأن الطلاق .

ما هي شروط الحكمين ؟ :

يشترط في الحكمين التكليف والاسلام والعدالة وفهم المقصود من مهمتهما وكيفية اداها^(٢) والا فلا يجوز بعثهما .

قال في معين الحكام^(٣) : « وكل من تقبل شهادته في أمر جاز ان يكون حكماً فيه ومن لا فلا . والمرأة تصلح حكماً » .

وقد اختلف الفقهاء في شرط كونهما من اهل الزوجين ام لا يشترط ذلك .

(١) شريعة القرآن ص ٣٦

(٢) قال في الشرح الكبير ١٧١/٨ ان الحكمين لا يكونان الا عاقلين بالعين عدلين مسلمين لان هذا من شروط العدالة سواء قلنا هما حاكمان او وكيلان .

وجاء في نهاية المحتاج ٤٦/٦ ويشترط في الحكمين : تكليف واسلام وحرية وعدالة واهتداء الى المقصود المبعوث من اجله

وقال وفي الروضة البهية ١٣٣/٢ ونشترط في الحكمين : البلوغ والعقل والعدالة والاهتداء الى ما هو المقصود من بعضها .

(٣) معين الحكام ص ٢٧ .

قال فريق من الفقهاء : يشترط ان يكون الحكمان احدهما من اهل الزوج والآخر من اهل الزوجة لأن الله ذكر ذلك في القرآن الكريم ، ولأن الاهل اعرف ببيواطن الامور وأقدر على معالجة الموقف من غيرهما ، اما اذا تعذر وجودهما من الاهل فيجوز أن يكونا من غيرهما .
قال ابن حزم (١) : واذا شجر بين الرجل وامرأته بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من اهلها .

وذكر الدسوقي (٢) : انه لا يجوز بعث اجنبيين مع وجود الاهل .
وقال : وفي نقض حكم الاجنبيين مع وجود الاهل تردد ، الظاهر : النقض .
ولكن جمهور الفقهاء لم يشترط هذا الشرط وان كان الأولى فقالوا يجوز أن يكون الحكمان من غير الاهل وما جاء ذكر ذلك في القرآن الكريم انما كان على سبيل الاستحباب لا على سبيل الوجوب .
جاء في المغني (٣) : « والأولى أن يكونا من اهلها لا أمر الله تعالى بذلك ولائها أسفق واعلم بالحال فان كانا من غير اهلها جاز لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة فكان ذلك الامر ارشاداً واستحباباً (٤) » .
وقال في تحفة المحتاج : « أنه يسن ان يكون الحكمان من اهل الزوجة والزوج (٥) » .

وجاء في الروضة البهية (٦) : « ويجوز ان يكون الحكمان من غير الاهل لحصول الغرض به وكونها من الاهل في الآية للاشارة الى ما هو الاصلح .

(١) المحلى ٨٧/١٠

(٢) حاشية الدسوقي ٤٠٢/٢

(٣) المغني ١٧١/٨

(٤) وقد رجح ان تيميه في الاختيارات العلية ١٤٧ رواية عن احمد بوجوب ان يكون الحكمان من الاهل .

(٥) تحفة المحتاج ٤٥٧/٧

(٦) الروضة البهية ١٣٣/٢

وقيل يتعين كونهما من أهلها عملاً بظاهر الآية ولأن الأهل اعرف بالمصلحة من الأجانب .

مهمة الحكمين :

الأصل في إيفاء الحكمين أن يقوموا ببذل جهدهما لإصلاح ما بين الزوجين بعد أن يعرف كل منهما سبب النزاع من صاحبه وما يتطلبه منه .
قال الفراء في قوله تعالى فابعثوا حكماً من أهله ... حكماً من أهل الرجل وحكماً من أهل المرأة ليعلما من أيهما جاء النشوز ^(١) .

ثم يجتمع الحكمان، ويقرران فيما بينهما ما يجب اتخاذه لعود الصفاء والمودة الى الزوجين ، فان وجدا ان الزوج مذنب حملاه المسؤولية وزجره ، وما الى ذلك من طرق ووسائل لجله على الرجوع عن معاملته السيئة مع زوجته ، وان كانت الاساءة من الزوجة نصحاها أيضاً وخوفها من جراء استمرارها بهذه المعاملة من عقوبة الله ، وان الله أمر الزوجين ان يراعى ما فرضه على كل منهما تجاه الآخر ، ثم يأتمن الحكمان الزوجين على بعضها بعد أن يتم الإصلاح بينهما .
أما اذا لم يتم الإصلاح بين الزوجين حيث لم يوفق الحكمان الى ذلك فهل يفرق الحكمان بين الزوجين ام تنتهي مهمتهما عند إخفاقهما دون أية نتيجة ؟ .
هنا اختلف الفقهاء قال فريق منهم يفرق الحكمان اذا لم يتوصلا الى الإصلاح فيما بين الزوجين .

وقال فريق آخر لا يفرق الحكمان لأن مهمتهما الإصلاح فقط .
ومن هذا الموضوع نشأ الخلاف بين الفقهاء حول جواز التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين .

(١) معاني القرآن ١/ ٢٦٦ .

ثانياً - التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين والخلاف فيه

قلنا إن الفقهاء اختلفوا فيما إذا قرر الحكماء التفريق بين الزوجين : هل يفرق بينهما أم أن مهمتها الإصلاح فقط ولا يجوز لها أن يفرقا بين زوجين إلا إذا اذنا لها بذلك .

قال فريق من الفقهاء ان مهمة الحكمين الإصلاح والتوفيق بين الزوجين وليس لها التفريق إلا إذا كانا وكيلين عن الزوجين بذلك .

ومن قال بهذا الرأي من التابعين : الحسن البصري ، وعطاء وقتاده واليه ذهب أبو حنيفة والشافعي في القول الثاني وابن حنبل في رواية والظاهرية والامامية .

وقال آخرون ان مهمة الحكمين ايجاد حل للشقاق الواقع بين الزوجين فإن تم الصلح بينهما والتوفيق وإلا فرقا بينهما لأنه لا يجوز ترك زوجين نشب الشقاق بينهما وتعذر عليهما الإصلاح دون علاج ، ولا علاج بعد هذه المحاولات إلا التفريق بينهما .

قال هذا سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير ، والشعبي . واليه ذهب مالك والأوزاعي والشافعي في أحد قوليهِ وابن حنبل أحدي الروايتين .

ومبنى الخلاف بين الرأيين ان الرأي الاول يعتمد على ان الحكم وكيل وليس للوكيل تجاوز ما وكل به فان وكل الزوجان الحكمين بالتفريق فرقا والا فمهمتها الإصلاح فقط .

والرأي الثاني يقول ان الحكمين ما كان ارسلمها القاضي لحل النزاع والحاكم يفعل ما يرى به المصلحة في حل النزاع اصلاحا أو تفريقا .

ولكن الجعفرية خالفوا ذلك وقالوا ان بعث الحكمين تحكيم لا توكيل ولكن ليس لها حق التفريق .

من قال بعدم التفريق

الاحناف :

قال الجصاص^(١) : « قال اصحابنا : ليس للحكمين ان يفرقا الا برضا الزوجين لان الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان ، وانما الحكمان وكيلان .

الشافعية :

وجاء في مغنى المحتاج^(٢) : « والحكمات وكيلات في الاظهر » .

الحنابلة :

جاء في المغنى^(٣) : « واختلفت الرواية عن احمد في الحكمين ففي احدى الروايتين عنه : انها وكيلان لهما لا يملكان التقريق لهما الا باذنها » .
ويلاحظ ان ابن قدامه لم يجزم بترجيح احدى الروايتين ولم يبين المذهب منها مما يدل على وجود خلاف في المذهب الحنبلي في صفة الحكمين .
غير ان صاحب الانصاف جزم بان المذهب على ان الحكمين وكيلان فقال : « (٤) ان الصحيح من المذهب : ان الحكمين وكيلان عن الزوجين لا يرسلان الا برضاها وتوكيلها .

(١) اخكام القرآن للجصاص ٢٣٣/٢

(٢) مغنى المحتاج ٢٦١/٣

(٣) المغنى ١٦٨/٨ .

(٤) الانصاف ٢٨٠/٨ .

الظاهرية :

وفي المحلى^(١) : « وليس لهما ان يفرقا بين الزوجين لا تجتمع ولا بغيره » .

الجعفرية :

قال في مختلف الشيعة^(٢) : « الذي يقتضيه مذهبنا ان ذلك حكم ، لانهم وروا ان لهما الاصلاح من غير استئذان ، وليس لهما الفرقة بالطلاق وغيره الا بعد ان يستأذناهما ، ولو كان توكيلا لكان ذلك تابعا للوكالة بحسب شرطها » .
وقال والمشهور^(٣) : انه ليس للحكمين التفريق الا باذن الزوجين .
وروى الحلبي عن الصادق قال : ليس للحكمين ان يفرقا حتى يستأمر الرجل والمرأة .

وقال في الروضة البهية^(٤) : وحيث كان تحكما فان اتفاقا على الاصلاح بينهما فعلاء من غير مراجعة وان اتفاقا على التفريق لم يصح الا باذن الزوج في الطلاق ، واذن الزوجة في البذل ان كان خلعا لان ذلك هو مقتضى التحكيم .
وقال في المختصر النافع^(٥) : ولو اختلف الحكماء لم يمض لهما حكم .

• • •

(١) المحلى ١٠ / ٨٧ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٣٥ .

(٣) ما يقابل الراي المشهور هو قول لابن حمزة : ينفذ الحاكم حكما من اهله وحكما من اهله ليدير الامر فان جعل اليها الاصلاح والطلاق انقذا . اراياه صلاحا من غير مراجعة .

(٤) الروضة البهية ٢ / ٢٣٣ .

(٥) المختصر النافع ٢١٥ .

أولاً من قال يهرم التفريق

(١) ان مهمة الحكمين هي الاصلاح بين الزوجين كما نص بذلك القرآن الكريم بقوله : « ان يريد اصلاحاً يوفق الله بينهما »

فلم يقل القرآن الكريم ان يريد افرقة ... فايفاد الحكمين هو لوعظ الظالم من الزوجين واعلام الحاكم بذلك ليأخذ على يده^(١) .

(٢) ما روي عن علي بن ابي طالب انه جاءه رجل وامرأة ومعهما جمع من الناس فسألهم علي عن شأنهما فقالوا بينهما شقاق فقال : فأبعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها ان يريد اصلاحاً يوفق الله بينهما .

ثم قال للحكمين اتدريان ما عليكما ؟ عليكما ان رأيكما ان تجمعا ان تجمعا وان رأيكما ان تفرقا ان تفرقا . فقالت المرأة وضيت بكتاب الله ، وقال الرجل اما الفرقة فلا . فقال علي : كذبت والله لا تنفلت مني حتى تقر كما أقرت .
ووجه الاستدلال :

ان حكم الحكمين لا يكون إلا بتوكيل من الزوجين ورضا منهما ولهذا امر على الزوج ان يقبل التحكيم ، فلو لم يكن ذلك لما طلب علي منه الموافقة على التحكيم . فدل هذا على ان الحكمين ليس لهما سلطة التفريق الا بتفويض من الزوجين .
(٣) ان في تفريق الحكمين سواء أكان ذلك طلاقاً بدون مال أو خلعاً على مال اخراج ملك من صاحبه بدون رضاه ، وقد قال تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحله فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوا هنيئاً مريئاً » .

يقول الجصاص^(٢) : فالتأويل بأن الحكمين ان يخلعا بغير توكيل من الزوج يخالف لنص الكتاب . قال الله تعالى : « يا ايها الذين امنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » .

(١) تفسير الكشاف ٣٦٣/١

(٢) احكام القرآن للجصاص ٢٣٤/٢ .

وفي هذا الاستدلال الاخير يقول استاذنا الجليل الشيخ محمد ابو زهرة^(١) : ولنا نظرة في هذا الاستدلال ، فان قوامه ان اخذ المال من غير رضا المرأة دخل تحت عموم المنهى عنه من اخذ شيء من المهور واكل اموال الناس بالباطل ومن غير تراض ، والحكمان ان اجيز لهما ذلك كان معارضة لذلك النص من غير دليل من اصول الاسلام عليه .

ونزد ذلك : بأن الذين يقولون ان للحكمين ذلك الحق انما يستمدون ذلك من فهمهم للقرآن ، وان نصه يجعل للحكمين حق التفريق . ثم ان الخلع الذي يحكم به الحكمان انما يكون عندما يتبين لهما ان الاساءة من جانب الزوجة ، وانها ظالمة للرجل ، وانها تنغص عليه حياته الزوجية وتجعلها جحيماً لارحمة تطفئها ، فكان من العدل رد ماله الذي غرمه . ورد المال الى صاحبه لا يبعد اكلاما للناس بالباطل ، ورفع الغبن عن مظلوم قدم ماله وجاء حياة زوجية يفكه في نعيمها ، فيصلى بناور فيها ، لا يحتاج الى رضاها ، لان رفع الظلم واجب ، طابت نفس الظالم او لم تطب .

(٤) ويستدلون اخيراً بأن سلطة الحكمين في التفريق لا أصل لها لان ذلك اما ان يكون مستمداً من الحاكم او من الزوجين فان كانت مهمتها مستمدة من الحاكم فالحاكم نفسه لا يملك حق التفريق وان كانت من الزوجين فلا يصح بدون توكيل .

هذا الاستدلال قال به الاحناف بناء على نظريتهم في هذا الموضوع بأن القاضي لا يملك حق التفريق وهي حجة غير مسلم بها حتى مع الذين قالوا برأي الاحناف في موضوع التحكيم فضلاً عن ان الحجج يجب ان تكون مسلماً بها من الطرفين ، والطرف الاخر يعطي القاضي سلطة التفريق بين الزوجين في حالات متعددة .

(١) مجلة القانون والاقتصاد س ٧ ع ٦ ص ٩٨٠ .

من قال بالتفريق للشقاق والضرر

ذهب المالكية واحمد بن حنبل في روايه وقول للشافعي على 'ان للحكمين ان يفرقا بين الزوجين ان عجزا عن الاصلاح بينهما .

المالكية :

قال الحرشي^(١) : المشهور^(٢) : ان الحكمين طريقهما الحكم لا الوكالة ولا الشهادة ولو كانا من جهة الزوجين فاذا حكما بطلاق ولو خلعا نفذ ولا يحتاج الى مراجعة حاكم البلد ولا الى رضا الزوجين .

الحنابلة :

وقال في المغني^(٣) : والرواية الثانية : انها حاكمان ومهمتهما ان يفعلا مايريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان الى توكيل الزوجين ولا رضاهما .

وقال في الشرح الكبير^(٤) : وان قلنا انها حكمان فانهما يرضيان مايريانه من طلاق أو خلع فينفذ ذلك عليهما ، رضياه او ابياه .

وهذه الرواية اختارها ابن تيمية وابن القيم وعدد كبير من فقهاء الحنابلة . جاء في الانصاف^(٥) : وعنه (الامام احمد) ان الزوج ان وكل في الطلاق بعوض او غيره ، او وكلت المرأة في بذل العوض برضاهما ، والا جعل حاكم اليها ذلك .

(١) الحرشي ١٤٨/٣

(٢) يقابله قول في المذهب المالكي ان الحكمين وكيلان حاشية الدسوقي ٤٠٣/٢

(٣) المغني ١٦٨/٨ .

(٤) الشرح الكبير ١٧٢/٨ .

(٥) الانصاف ٣٨١/٨ .

فمذا يدل على انها حكمان يفعلان مايريان : من جمع او تفريق بعوض ،
او غيره من غير رضا الزوجين .
قال الزركشي : وهو ظاهر الآية الكريمة . واختاره ابن جعبره .
والشيخ تقي الدين رحمه الله .
وهو ظاهر كلام الحارقي .

الشافعية :

جاء في مغنى المحتاج^(١) : وفي قولهما حاكمان ... وعلى هذا فلا يشترط
رضا الزوجين ببيعتهما وبحكمان بما يرياه من الجمع والتفريق .
وفي المذهب^(٢) : وقال في القول الآخر : هما حاكمان فلهما ان يفعلا مايريان
من الجمع او التفريق بعوض وغير عوض .

• • •

(١) مغنى المحتاج ٢٦١/٣ .

(٢) المذهب ٧٤/٢ .

أولاً من قال بالتفريق

(١) ان الله تعالى حين قال : « فابعثوا حكماً من اهلها وحكماً من اهلها » دل على أنهما حكمان ولو كانا وكيلين لقال ابعثوا وكيلاً عن الزوجة ووكيلاً عن الزوج، ولهذا لا يعتبر رضا الزوجين، لان الحكم يحكم بما يراه من المصلحة، فإن وفق الحكمان الى الاصلاح كان خيراً والا فلها التفريق بين الزوجين^(١). وقد ذكر الله الاصلاح في القرآن الكريم ولم يذكر الفرقة لانه الافضل وليسعى الحكمان للوصول اليه، فليس معنى ذلك الاقتصار عليه بحيث لا يباح غيره.

(٢) اخرج الطبري في تفسيره^(٢) : عن ابن عباس في الحكمين انه قال : فان اجتمع امرهما على ان يفرقا او يجمعهما فأمرهما جائز.

(٣) ماروى عن عقيل بن ابي طالب انه نشأ بينه وبين زوجته شقاق وكانت من بني امية فبعث عثمان رضي الله عنه حكماً من اهلها، وهو ابن عباس رضي الله عنه وحكماً من اهلها وهو معاوية رضي الله عنه، لان الحكمين من اهلها اعرف بالحال، وقال لهما : ان رأيكما ان تفرقا ففرقا.

(٤) اب الله امر الزوج بقوله : « فامسك بمعروف او تسريح باحسان، فاذا حصل الشقاق تعين التسريح، لانه وقع النفور والنشوز بين الزوجين وحاول الحكمان الاصلاح فلم يصلاح الى نتيجة لذلك وجب التفريق ولو بدون رضا الزوجين.

(٥) ان التفريق لدى القاضي ثبت في الشرع في عدة حالات كالعيوب مثلاً

(١) المذهب ٢/٧٤.

(٢) تفسير الطبري ٨/٣٢٤.

وهذا متفق عليه ، فالقاضي اذ يرسل الحكمين انما يستمدان سلطتهما منه لانه يملك التفريق فاذا ما فرقا كان ذلك نيابة عن القاضي .

قال ابن حجر في فتح الباري^(١) : - فلما كان الخاطب بذلك الحكم وان الارسال اليهم دل على ان بلوغ الغاية من الجمع او التفريق اليهم .
وبما ان القاضي بعثها لتحقيق العدالة بين الزوجين فكما ان العدالة تكون بالاصلاح ، بينها ، قد تقتضي العدالة التفريق بينهما ، وليس من العدالة التفريق بينها وليس من العدالة ان يقبل القاضي حكم الاصلاح ولا يقبل حكم التفريق .
فاذا ما قرر التفريق وجب على الحاكم تنفيذ ذلك .

يقول ابن القيم في زاد المعاد^(٢) : والعجب كل العجب من يقول هما وكيلان لاحا كان والله تعالى قد نصبهما حكمين وجعل نصبهما الى غير الزوجين ولو كانا وكيلين لقال : فليبعث وكيلاً من اهله ولتبعث وكيلاً من اهلها . وايضاً لو كانا وكيلين لم يختصا بان يكونا من الاهل . وايضاً فانه جعل الحكم اليهما فقال : ان يريد اصلاحاً يوفق الله بينهما ، والوكيلان لا ارادة لهما انما يتصرفان بارادة موكلهما .

ويقول ابن القيم : الوكيل لا يسمى حَكَمًا في لغة القرآن ولا في لسان الشارع ولا في العرف العام ولا الخاص .

• • •

(١) فتح الباري ٩/٣٣٢ .

(٢) زاد المعاد ٤/٣٣ .

رأينا في التفريق للشقاق بين الزوجين

ان الحكمين بعد ان عرفا المشكلة القائمة بين الزوجين التي استعصى حلها عليهما ، ولم يستطع الحكمان التوفيق بينهما ، كان هذا دليلا على استحالة الحياة الزوجية ، الا في جحيم لا يطاق تأباه كرامة الانسان .

واذا كان في بعث الحكمين تحقيق مصلحة للزوجين والاسرة باصلاح ذات بينها فكذاك يبدو من المصلحة ايضاً - ان تعذر الاصلاح ان يكون - التفريق بينهما .

لان الغاية من الاصلاح هو عود الصفاء الى البيت والمودة الى القلوب وهذا اذا لم يتحقق ، بل كان الصفاء والمودة في التفريق بينهما تحققت غاية الاصلاح عن طريق آخر : قال تعالى : « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته » .

والخلاصة : فان التفريق للشقاق او للضرر كما يسميه المالكية هو في الحالة التي يشكو منها احد الزوجين للقاضي سوء معاشرة صاحبه له فينظر في امرهما فاما ان يصلح واما ان يفرق .

والتطبيق للضرر بشكله الواسع انفرد به المذهب المالكي بتفصيلات وشروح واسعة تعطي الحق لاحد الزوجين في رفع امره للقاضي اثر كل نزاع زوجي عجز عن اصلاحه بنفسه او ل اثر اي ضرر اصابه من شريكه ، بشكل يعطي للحياة الزوجية التعادل والتكافؤ بين ربانيتها بحيث لا تطفئ سلطة الرجل على سلطة المرأة ولا سلطة المرأة على سلطة الرجل .

وسنبحث في هذا المذهب اهم المبادئ العامة في هذا النظام باعتباره المذهب الذي استمدت منه نصوص قوانين البلاد العربية مواد التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين .

التفريق للضرر في المذهب المالكي

إذا اشتكى أحد الزوجين من صاحبه ضرراً ورفع أمره إلى القاضي فإن أثبت الضرر المشكو منه وطلب البقاء مع زوجته زجر القاضي الزوج الآخر وعزره بما فيه الفائدة ، أما أن طلب الفراق فعلى القاضي أن يفرق بينهما .
أما إذا لم يثبت الضرر وأصر المدعي على شكواه بعث القاضي الحكمين للإصلاح بين الزوجين فإن تعذر عليهما ذلك فرقاً بينهما ، أما على مال أن كان الضرر من الزوجة أو بدونه أن كان من الزوج .

ولا حد للضرر بل يخضع لتقدير القاضي حيث يراعى ظروف الزوجين وبيئتهما فليس كل فعل أو قول بما يعتبر ضرراً في بيئة يعد ضرراً في بيئة أخرى . ولا يشترط تكرار الضرر للحكم بالتفريق أن كان الضرر فاحشاً ، أما أن كان خفيفاً أو كان أمراً يسيراً يحدث عادة كثيراً بين الأزواج فيشترط تكراره . ويشترط بقاء الضرر حتى قيام الدعوى أما إذا رضي أحدهما بعد وقوع الضرر فيسقط حقه بالمطالبة بالتفريق لأجله .

قال المواق^(١) : شقاق الزوجين أن ثبت فيه ظلم أحدهما حكم القاضي بדרء ظلم الظالم منهما .

وقال المتيطي : إذا اشتكت المرأة أضرار زوجها بها ورفعت إلى الحاكم أمرها ، وتكررت الشكوى وعجزت عن إثبات الدعوى فإن الحاكم يأمر زوجها بالسكناء بين قوم صالحين ويكلفهم تفقد خبرهما واستعلام ضررهما ، فإن كانت ساكنة معه في مثل هؤلاء القوم لم يلزم نقلها إلى غيرهم ،

وقال المواق : « ولا ذكر من قال أنها تسجن وقد قالوا في الزوج أنه يسجن » .

(١) شرح المواق ٤/ ١٦٠

وهل يشترط لبعث الحكمين تكرار الشكوى؟.. في المذهب قولان :
قال المتطي : اذا عمي على الامام خبرهما وطال عليه تكررها ولم يتبين
له من الظالم منها بعث حكمين .

وقال ابن عرفة : في بعث الحكمين بمجرد تشاجر الزوجين وشكوى احدهما
الآخر ، ولا يئنة ان تكررت شكواهما بعثهما لهما .

وجاء في مواهب الجليل^(١) : قال ابن فرحون : من الضرر قطع كلامه عنها
وتحويل وجهه في الفواش عنها ، وايتار امرأة عليها ، وضربها ضرباً مؤلماً .
وقال الحرشي^(٢) : اذا ثبت بالبيننة عند القاضي ان الزوج يضار زوجته
وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة فالمشهور انه يثبت للزوجة الخيار
فان شاءت اقامت على هذه الحالة وان شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة
لا ضرر ولا ضرار .

وفي شرح الدردير^(٣) : - ولها التطلق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز
شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو يابنت
الكلب يابنت الكافر... كما يقع كثيراً من رعاي الناس . ويؤدب على ذلك
زيادة على التطلق .

وقال : ومتى أشهدت بيننة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق ولو لم تشهد
البيننة بتكرره . وهل يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم؟... قولان .
وقال : وعلى الحكمين وجوباً الاصلاح بين الزوجين بكل وجه امكن
فان تعذر الاصلاح نظراً :

(١) فان اساء الزوج عليها طلقا عليه بلا مال يأخذانه منها له لظلمه .

(١) مواهب الجليل ١٧/٤ .

(٢) شرح الحرشي ١٤٩/٣ .

(٣) الدردير علي خليل ٤٠٤/٢ .

(٢) وبالعكس ان كانت الاساءة منها فقط ائتمناه عليها وامراه بالصبر وحسن المعاشرة او خالعا له بنظرهما في قدر الخالغ به ، ولو زاد على الصداق ان احب الزوج الفراق ، او علما انها لا تستقيم معه .

(٣) وان اساء معا اي حصلت الاساءة من كل ولو غلبت من احدهما على الآخر ، فهل يتعين عند العجز عن الاصلاح الطلاق بلا خلع ، ان لم ترض بالمقام معه ؟.. او لهما ان يخالعا بالنظر على شيء يسير منها له ؟.. تأويلان .
وقال : واتيا الحاكم ان شاء فأخبراه بما فعلا ونفذ حكمهما وجوبا .

لكن العدوي قال في حاشيته^(١) : وان اساء اي ولم تكن اساءة الزوج اشد ، والا فكأساءته ولا اساءة المرأة اشد والا فكأساءتها .

وجاء في الهبة في اثبات الضرر^(٢) : ان ضرر احد الزوجين للآخر يثبت بأحد امرين : اما شهادة عدلين فأكثر بمعاينتهم إياها لمجاورتهم للزوجين او لقربتهم منها ونحو ذلك . واما بالسماع الفاشي المستفيض على السنة الجيران من النساء والخدم وغيرهما بأن فلانا يضر بزوجته بضرب او شتم او تجويع او عدم كلام او تحويل وجهه عنها في فراشه .

وفي كمية الضرر : قال مالك : وليس عندنا في كمية الضرر وكثرته شيء معروف .

قيام الضرر حتى الدعوى :

وقال التسولي : ولا بد ان يضمن الشهود في الوجهين انهم لا يعلمون ان المضر منها رجع عن الاضرار بصاحبه واقطع عنه والا لم تعمل . فان ادعى الزوج انها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر وصدقته سقط حقها كانت جاهلة او عالة .

(١) حاشية العدوي ١٤٩/٣ .

(٢) الهبة ٣٠٢/١ .

الطلاق بيد الحاكم او بيد المرأة نيابة عنه :

وقال^(١) : ان الطلاق بيد الحاكم فهو الذي يتولى ايقاعه ان طلبته الزوجة وامتنع منه الزوج ، وان شاء الحاكم امرها ان توقعه ، فعلى هذا القول لا بد ان يوقعه الحاكم او يأمرها به فتوقعه واذا امرها به فهي نائبة عنه في الحقيقة كما انه هو فائب عن الزوج شرعاً حيث امتنع عنه .

وقال^(٢) : لا بد من تكرار الضرر حيث كان امرأ خفيفاً فإن كثرت ضرباً فاحشاً كان لها التطليق به ولو لم يتكرر .
ومن هذه النصوص نستطيع أن نستخلص المبادئ العامة للتطليق للضرر في المذهب المالكي :

- ١ (المساواة بين الرجل والمرأة في طلب التفريق للضرر .
- ٢ (لحدود للضرر الموجب للتفريق بل يخضع لتقدير وظروف كل من القاضي والزوجين .
- ٣ (لكل من الزوجين أن تمسك بالحياة الزوجية ان يطلب من القاضي تعزيز الطرف الآخر بما يراه، وذلك لاخلاله بواجباته الزوجية او اضراره به أو سوء معاشرته له .
- ٤ (اذا اثبت المدعي بشكواه اضرار الآخر به وطلب التفريق وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما وجب التفريق .
- ٥ (اذا لم يثبت المدعي اضرار زوجته به او عجز القاضي عن الإصلاح بينهما بعث حكيمين من أهله ومن أهلها .
- ٦ (مهمة الحكيمين الإصلاح بين الزوجين فإن تعذر عليها ذلك ، فرقا بخلع ان كان الخطأ من الزوجة أو بدونه ان كان من الزوج . ولا يجوز أن

(١) البهجة ٣٠٥/١ .

(٢) المصدر السابق ٣٠٦/١ .

يترك الزوجان دون توفيق او تفريق . أما اذا لم يصل الحكمان الى قرار معين فللقاضي أن يحكم غيرهما أو أن يفصل بين الزوجين فيما يراه يوافق المصلحة .
 ٧ (والضرر كما يكون بعد الدخول يكون قبل الدخول ايضاً ^(١) .
 ٨ - اذا امتنع الزوج عن الطلاق ، طلق القاضي عنه ، أو كلف الزوج بطلاق نفسها .

• • •

وفي هذا اعطاء الحرية الكاملة المطلقة للمرأة في أن تعيش زوجة مع من تحب وتفارق من تحب ، فليس في الاسلام اكراه ولا ضرر ، فالزوجة اذا لم ترغب بالمعيشة الزوجية المشتركة فلها ان تطالب التفريق من القاضي على ان تكون هناك اسباب معقولة يقدرها القاضي لا نتيجة طيش ونزعة هوى فان الامر يجب الا تنهار لمجرد رغبة طائشة او تصرف خاطيء .

• • •

(١) قلنا فيما سبق ان مذهب احمد يتسع للتفريق للضرر وفي هذا المعنى اي الضرر قبل الدخول قال احمد في رواية ابن منصور في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها يقول عدا ادخل بها الى شهر يجبر على الدخول . . . قال : اذهب الى اربعة اشهر ان دخل بها داء لافرق بينهما فجعله احمد كالمولي . الترح الكبير ١٣٩/٨ .

الفرع الثاني

التفريق للشقاق والضرر

في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية

المطلب الاول : نصوص القوانين

نصت معظم قوانين البلاد العربية على التفريق للشقاق والضرر وعلى نظام التحكيم بين الزوجين . الا أن بعض القوانين أعطت حق طلب التفريق للزوجة فقط دون الزوج باعتباره يملك حق الطلاق ، وبعضها اعطت هذا الحق لكل من الزوجين ، كما ان بعض القوانين اشترطت ان يكون الضرر المشكوك منه بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية وبعض القوانين لم تشترط ذلك . وهناك ايضاً خلاف في القوانين العربية حول سلطة الحكيم هل يملك ان التفريق ام الإصلاح فقط .

فالقانون اللبناني :

أعطى حق طلب التفريق لكل من الزوجين . كما ولم يشترط في الضرر عدم استطاعة العشرة الزوجية .

جاء في م ١٣٠ : اذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين وراجع أحدهما الحاكم فالحاكم يعين من عائلة الطرفين حكماً واذا لم يوجد شخص لتعيينه حكماً من عائلة الطرفين او أحدهما او وجد لكن غير حائز اوصاف الحكم يعين من يناسبهم من الخارج ومجلس العائلة المتشكل على هذه الصورة يدقق افادات ومدافعات الطرفين ويجهتد في اصلاح ذات البين واذا لم يكن الإصلاح فإن

كان القصور من جهة الزوج بفرق الحاكم بينهما، وان كان من جهة الزوجة بحري
المخالعة على تمام المهر او على قسم منه .

م ١٣١ : الحكم الصادر بالتفريق بموجب المواد السابقة يتضمن
الطلاق البائن .

اما القانون المغربي :

فقد اعطى للزوجة فقط حق طلب التفريق على ان يكون لضرر لا يستطاع
معه دوام العشرة وكذلك فإنه اعطى القاضي صلاحية التفريق متى ثبت الضرر
دون الرجوع الى التحكيم .

جاء في الفصل السادس والخمسون :

(١) اذا ادعت الزوجة على زوجها اضراره بأي نوع من انواع الضرر
الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما وثبت ما ادعته ، وعجز القاضي
على الإصلاح بينهما طلقها عليه .

(٢) اذا رفض طلب التظليق وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث
القاضي حكمين لسداد بينهما .

والقانون التونسي :

اعطى لكل من الزوجين حق طلب التفريق دو ان يحدد للضرر شكلاً
معيناً كما انه قصر مهمة الحكمين على الإصلاح .

جاء في الفصل ٢٥ : اذا شك احد الزوجين من الاضرار به ولا بينة له
واشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه ، يعين حكمين . وعلى الحكمين
ان ينظرا ، فإن قدرا على الإصلاح اصلحا ويرفعان الأمر الى الحاكم في
كل الأحوال .

أما القانون العراقي :

فانه اعطى لكل من الزوجين الحق في طلب التفريق ولكنه منع القاضي من التطلق ولو ثبت الضرر قبل بعث الحكيمين .

م ٤٠ / ١ / اذا ادعى احد الزوجين اضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، او ادعى قيام شقاق بينهما جاز له ان يطلب من القاضي التفريق .

(٢) على القاضي قبل اصدار الحكم بالتفريق ان يعين حكماً من اهل الزوجة وحكماً من اهل الزوج للنظر في اصلاح البين ان وجد فإن تعذر وجودهما طلب القاضي الى الزوجين انتخاب حكيمين غيرهما فإن لم يتفقا على ذلك انتخبها القاضي .

(٣) على الحكيمين ان يجتهدا في الإصلاح فإن تعذر عليهما ذلك رفعوا الأمر الى القاضي .

(٤) اذا ثبت للقاضي اضرار احد الزوجين بالآخر واستمرار الشقاق بينهما وعجز عن اصلاحهما وامتنع الزوج عن التطلق فرق القاضي بينهما وبسقط المؤجل من المهر ان كان التقصير من جانب الزوجة فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر يحكم عليها برد ما يزيد على نصف المهر للزوج .

م ٤٢ : التفريق يسبب الضرر والشقاق يعتبر طلاقاً بائناً بينونه صغري .

وذهب القانونان المصري والاردني الى اعطاء حق التفريق للزوجة اذا اضرها ، ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما . غير ان الأردني يختلف عن المصري بأنه لم يعط القاضي حق التفريق ولو ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح قبل ان يبعث الحكيمين .

ونص القانون المصري :

م ٦ : اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما يجوز لها ان تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقه بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر ، بعث القاضي حكمن على الوجه المبين بالمواد التالية :
م ٧ يشترط في الحكمين ان يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ان امكن والا فمن غيرهم من له خبرة بمجالهما وقدرة على الاصلاح بينهما .

م ٨ : على الحكمين ان يتعرفا اسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الاصلاح فان امكن على طريقة معينة قرراها .

م ٩ : اذا عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الاساءة من الزوج او منها او جهل الحال قررا التفريق بطلاقه بائنة .

م ١٠ : اذا اختلف الحكمان امرهما القاضي بمعاودة البحث فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرها .

م ١١ : على الحكمين ان يرفعا الى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي ان يحكم بمقتضاه .

والقانون الاردني :

نص في المادة ٩٦ ف ١ : اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما يجوز لها ان تطلب من القاضي التفريق ، وحينئذ على القاضي بعد التثبت من النزاع والشقاق وعجزه عن اصلاح بينهما بعث حكمن ...
ف ٢ : اذا عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الاساءة من الزوج قررا التفريق بلا عوض بطلاقه بائنة وان كانت الاساءة منها او جهل الحال فرقا بينهما على قسم من المهر بنسبة اساءة كل منهما ، وان كانت الاساءة من الزوجة فقط قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان من المناسب اخذه من الزوجه وعليهما ان يؤمنا دفع العوض قبل الطلاق .

م ٧٧ : الحكم الصادر بالتفريق يتضمن الطلاق البائن .

أما القانون السوري :

فقد أعطى حق التفريق لكل من الزوجين غير أنه نص على أن الضرر يجب أن يكون أيضاً بما لا يستطيع معه دوام العشرة وأعطى الحكيم سلطة التفريق أيضاً إن تعذر الإصلاح بينهما .

م ١١٢ ف ١ إذا ادعى أحد الزوجين أضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق .

٢) إذا ثبت الأضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التفريق طلاقاً بائناً .

٣) إذا لم يثبت الضرر أو كان المدعى الزوج يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة فإن أصر المدعى على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكيمين من أهل الزوجين والا فمن يرى القاضي أن له قدرة على الإصلاح بينهما ...

ويرى استاذنا الجليل الدكتور مصطفى السباعي في شرحه قانون الأحوال الشخصية السوري ص ١٧٦ أن في الفقرة الأولى خطأ، والصواب : إذا ادعت الزوجة بدليل ما جاء في الفقرة الثالثة : إذا لم يثبت الضرر أو كان المدعى الزوج غير أني أرى أنه يمكن تقويم النص بإضافة على الفقرة الثانية بعد قوله : إذا ثبت الأضرار : « وكان المدعي الزوجة » .

وبهذا تبقى الفقرة الأولى شاملة للزوجين والمعنى يستقيم بالنسبة للفقرة الثالثة .

كما يمكن تفسير النص دون تصحيح فيه إذا قلنا أن المشرع أوجب على القاضي

تأجيل المحاكمة في حالتين : إذا كان المدعى الزوج سواء ثبت الضرر أو لم يثبت وذلك أملاً بالصالح بين الزوجين . وإذا لم يثبت الضرر .

...

ملاحظات على مواد التفريق للشقاق والضرر

- ١) اجازت معظم القوانين العربية للزوجة فقط ان تطلب التفريق للضرر والشقاق، وبعض القوانين اعطت هذا الحق لكل من الزوجين .
وفي رأينا انه لا مبرر للفرقة بينهما فالضرر كما يكون من الزوج يقع أيضاً من الزوجة ولا يكفي الرد على ذلك ان الزوج يملك الطلاق بل يجب ان تدفع الزوجة ثمن مشاكستها اذا ما تبين انها هي التي تضر الزوج وذلك عن طريق المحاللة اذا ما قرر ذلك الحكماء .
- ٢) اشترطت اكثر القوانين العربية بالضرر ان يكون بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين . وهذا الشرط لم اجد في كتب المالكية وقديكون للمشرع عزره في ذلك اذ لا يجوز ان يكون اقل ضرر سبباً لطلب الطلاق، ولو استبدل النص بعبارة أخف قليلا لكان في رأبي اقرب الى المصلحة والى المصدر التاريخي لهذه المواد وهو المذهب المالكي .
- ٣) وكذلك فقد اختلفت القوانين العربية في سلطة الحكمين هل هي للتفريق اذا تعذر الاصلاح ام هي الاصلاح فقط . ونحن نرى ان سلطة الحكمين هي للاصلاح اولا فان تعذر ذلك وجب التفريق لانه لا يجوز ان نترك الحياة الزوجية مليئة بالشقاق والضرر دون حل .
- ٤) اجازت بعض القوانين للقاضي التفريق بين الزوجين اذا ما ثبت الضرر المشكو منه دون بعث حكمين . ولكننا نرى انه يجب بعث الحكمين في كل نزاع زوجي، ولا يجوز للقاضي ولو ثبت لديه الضرر ان يحكم بالتفريق قبل ان يبعث الحكمين فلعلم في ذلك رجاء اصلاح بين الزوجين .
او ان اموراً لم ير احد الزوجين من المصلحة اذاعتها امام القاضي، فيشرح اسبابها امام الحكمين .

هـ) يلاحظ ان القانون المصري سكنت عن الحالة التي تبين للحكمين فيها ان الاساءة من الزوجة فقط وهذا قد يتلائم مع ما منحه المشرع المصري للزوجة دون الزوج حق طلب التفريق للشقاق ولكن لا يتلائم مع المصدر التاريخي لهذه الموارد وهو المذهب المالكي .

أما القوانين التي اعطت الحق لكل من الزوجين بطلب التفريق فقد منحت الحكمين سلطة التفريق على مال اذا ما كانت الاساءة من الزوجة فقط .

ومن القوانين التي اعطت الحق للزوجة فقط في طلب التفريق واعطت الحكمين حق المخالعة ولو كانت الاساءة من جانب الزوجة فقط هو القانون الاردني . ولا يسعنا امام سكوت القانون المصري عن حالة اساءة الزوجة فقط إلا أن نتساءل هل ترد الدعوى ؟ .. ام نعود الى المصدر لهذه المواد ؟ .. يقول استاذنا الجليل الدكتور مذكور^(١) : « فاذا ثبتت الاساءة من جهتها رفضت دعواها » .

ولكننا نرى انه لا يجوز ان يترك الامر دون حل فان الزوجة التي تقدمت بشكواها اكثر من مرة امام القضاء لم تعد حياتها الزوجية صالحة للبقاء فسواء كانت هي المسببة ام الزوج فيجب التفريق بينهما فليست الحياة الزوجية مدرسة يعلم فيها الزوج وزوجته كيف تكون الحياة ... انما الزواج استقرار ومودة ومحبة فاذا فقد فلم تعد صالحة للبقاء ، فوجب الفراق مخالعة وفي هذا تمشيا مع المذهب المالكي مصدر هذه المواد . ومن هذا يتضح لنا مدى ما تتمتع به الزوجة من حرية في أمر طلاقها .

• • •

(١) الزواج والفرقة في الاسلام الدكتور محمد سلام مذكور ص ٢٠٤ .

المطلب الثاني

الاجتهادات القضائية في التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين

توسع الاجتهاد القضائي المصري في التفريق للضرر بين الزوجين ووضع بذلك مبادئ قيمة اخترت منها مجموعة تعبر عن اتجاه صريح لاعطاء الزوجة حق طلب التفريق اذا ما أساء الزوج اليها اساءة فلم يقتصر على ما جاء في المادة القانونية : « بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما » بل توسع القضاء في ذلك كما سوف نرى :

الضرر امر تقديري يخضع لرأي القاضي :

في حكم المحكمة كرموز الشرعية^(١) : من الضرر الذي يوجب الطلاق ان يعتمد الزوج الى غير مكان الحرث والنسل من زوجته او يتسبب في اصابتها بمرض الزهري او يشتمها ويسبها او يولي وجهه عنها في الفراش او يقطع كلامه عنها ويهجر فراشها مدة طويلة بدون عذر او يؤثر امرأة عليها ، او يرتكب منكراً يتعدى أثره اليها بحيث ينال من شرفها وكرامة امرتها كأن يتناول الخشيش والمخدرات والمسكرات جهاراً مع جماعة من الفساق بينهم غلمان ويحكم عليه بالحبس من أجل ذلك .

(١) محكمة كرموز الشرعية ١٨ ربيع الاول ٩٥٣ في ٣٠ يونيه ١٩٣٤ ، المحاماه الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٩٠ .

ومن الضرر ان يسب زوجته :

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية ^(١) : اذا أثبتت الزوجة أن زوجها يضارها بالقول بالاعتداء عليها بالسب واتهامها بما يشين سمعتها ويسيء اليها مما يجعل دوام العشرة بينهما غير محتمل ولا يستطيع ، ومن ثم يتعين اجابتها الى طلب التطلق منه طلاقاً بائناً .

ومن الضرر ابتزاز اموال زوجته :

في حكم لمحكمة السيدة الجزئية الشرعية ^(٢) : من الضرر الموجب للطلاق ابتزاز الزوج اموال زوجته لأن هذا ليس من مقاصد الزواج الشرعية .

الضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة :

جاء في حكم لمحكمة الواسطي الشرعية ^(٣) : لا يجاب طلب الزوجة التفريق لضرر لضرب الزوج لها وإهانتها لها بمباشرتها له بعد ، مما يدل على أن ما حصل لها من الضرب والإهانة مما يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما .

وفي هذا المعنى قات محكمة القاهرة الابتدائية ^(٤) :

إذا ثبت أن الزوج لم يسئ لزوجته أية إساءة لا يستطيع معها دوام العشرة بين أمثالهما وأقرت صراحة أنه لم يعتد عليها بالضرب أو السب وإنها هي التي ترغب في الطلاق لما تشعر به من أن أهلها غير راغبين فيها فإن هذا لا يبرر تطليقها للضرر مادام الزوج لم تصدر منه أية إساءة ولأن علاقة الزوجة بأهل زوجها لا يصح أن تكون لها أي تأثير على الحياة الزوجية .

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/٨/٢٥ .

(٢) محكمة السيدة الجزئية الشرعية ١٢ ربيع الآخر ١٣٦٨ في ١٠ فبراير ١٩٤٩

الحاماة الشرعية س ٦ غ ٦ ص ٧٩٠ .

(٣) محكمة الواسطي الشرعية ٢٤ شعبان سنة ١٩٥٣ في ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٤ .

س ٧ ع ١ ص ٢٠٢ .

(٤) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/٢/٢٨ .

استحكام الخلاف بين الزوجين سبب موجب للتفريق ولو كان من
جهة الزوجة :

جاء في حكم لمحكمة الزقازيق الشرعية الجزئية^(١) :

(١) نشوز الزوجة لا يمنعها من طلب التطليق للضرر .

(٢) اذا استحكم الخلاف بين الزوجين وساءت العلاقات بينهما وتعذر
الوفق وظهر أن قصد الزوج من الابقاء على الزوجية هو كيد الزوجة وإغرائها
كان ذلك مسوغاً لتطليقها منه .

الضرر كما يكون بعد الدخول يكون قبله :

في حكم لمحكمة المحلة الكبرى الشرعية^(٢) : المجر ضاراً كما يكون بعد
الدخول يكون قبله وبذا يصلح مسوغاً لطلب التفريق .
وفي هذا المعنى حكم لمحكمة الجيزة الشرعية^(٣) :

(١) المراد بالعشرة الواردة بالمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩
الاختلاط والمخالطة وهي كما تكون بعد الدخول تكون قبله .

وهنا يتفق ما جاء في المذهب المالكي من أن التفريق للضرر ، كما يكون
بعد الدخول قد يكون قبل الدخول طالما مناط التفريق هو الضرر .

(١) محكمة الزقازيق الشرعية الجزئية ١٥/٥/١٩٤٩ .

(٢) محكمة المحلة الكبرى الشرعية ١٧ شوال ١٩٥٣ ، في ٢٢ يناير ١٩٣٥ المحاماة الشرعية

س ٦ ع ٦ ص ٤٤٦ .

(٣) محكمة الجيزة الجزئية الشرعية ١٥ ربيع الأول ١٣٧٢ في ٣ ديسمبر ١٩٥٢

المحاماة الشرعية س ٢٤ ع ٧ ص ٤١٩ .

الشروع بقتل الزوجة يعتبر ضرراً مسوغاً للتفريق :

في حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية^(١) : اذا كان المدعى عليه متهماً بالشروع في قتل زوجته المدعية وانه حكم عليه من المحكمة بالاشغال الشاقة خمس سنوات فإن الدعوى على هذا الاساس تكون مقبولة من ناحيتين من نواحي الضرر :

(١) سجنه لمدة أكثر من ثلاث سنوات مع مضي أكثر من سنة على الحبس .

(٢) كما ان الجريمة التي سجن من اجلها هي اضرار بالمدعية ، فليس هناك ضرر اكثر من الشروع في قتلها مما يجعلها مستحقة للطلاق عملاً بالمادة ٦ من نفس القانون .

التطبيق للضرر المعنوي :

اعتبرت محكمة اسيوط^(٢) : أن مجرد ارسال خطاب الى الزوجة من زوجها وفيه عبارات جارحة سبباً موجباً للتفريق قالت : اذا كشفت عبارات الخطاب عن ألفاظ جارحة ونزغات عدوانية صارخة مهينة لكرامة الزوجة وطعن في كبرياء مثلها ممن يحترف تربية النشء فانه يعتبر اضراراً معنوياً كبيراً تستحيل معه الحياة الزوجية ويجوز الحكم بالطلاق .

ومن الضرر اتهام زوجته بالزنا :

جاء في حكم لمحكمة بني سويف^(٣) : اذا رمى الزوج زوجته بالزنا علناً

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٨/٦/٢٣ صالح حنفي ٢٢١/٢ .

(٢) محكمة اسيوط الابتدائية ١٩٥٨/١٢/٢ .

(٣) محكمة بني سويف الكلية الشرعية ٦ جمادى الثانية ١٣٧٣ في ١٠ فبراير ١٩٥٤

الحامدة س ٢٤ ع ٧ ص ٣٧٦ .

وبصفة رسمية وظهرت براءتها منه بحكم قضائي كان ذلك اضراوا بها يستوجب طلاقها منه متى طلبته مهما كانت طبقته .

وفي هذا المعنى حكم لمحكمة بنها الابتدائية^(٢) : اذا استقر في نفس الزوج ان زوجته زانية وانها تسلك سبيل البغايا واصر على توجيه هذا القول اليها وعلى اعتدائه عليها بالضرب فانه يصبح من غير المستطاع دوام العشرة بينها ويتعين الحكم للزوجة بالطلاق للضرر عملا بالمادة السادسة من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

هل يعتبر فسق الزوج ضررا يوجب التفريق :

حكمت محكمة كرموز الشرعية^(٣) : المناطق في الضرر الذي يجوز للزوجة ان تطلب التطلاق من اجله هو لحوق الاذى بها من زوجها سواء في بدنها او عرضها . ففسق الزوج لا يوجب تطلاق زوجته ما لم يتعد اثره اليها .

على ان لنا في هذا الحكم نظر ، وهو أنه طالما مناطق التفريق هو الضرر ، فالزوجة

الصالحة المسلمة قد تتضرر من فسق زوجها وفجوره كما اذا كان يتعاطى المسكرات

ويعاشر الفتيات غير الشريقات ، الى آخر ما يصاب به الشباب الماخن من ضروب

الفن والاغراء . كل هذا ضرر يصيب الزوجة في شعورها وكرامتها واسرتها

وينعكس نحو اولادها . اننا نرى ان فسق الزوج بما يخرججه عن المألوف اذا

كان يعرض سمعة الزوجة او الاسرة الى الانهيار مسبب موجب للتطلاق .

(٢) محكمة بنها الابتدائية ١٦/١٢/١٩٥٦ .

(٣) محكمة كرموز الشرعية ١٨ صفر ١٩٥٣ في ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ الحمادة

الشرعية س ٦ غ ٦ ص ٧٨٧ .

التفريق لهجر الزوج زوجته :

سواء كان المهجر في الفراش ام كان هجرا خارج البيت .
المهجر في الفراش : في حكم لمحكمة جرجا الشرعية^(١) : هجر الزوج فراش زوجته من الاضرار الموجبة للتطليق .

هجر البيت : في حكم لمحكمة المنيا^(٢) : اذا قامت الزوجة في منزل ذويها في بلد ما واقام الزوج في بلد آخر ودام ذلك سنة فاكثر بلا عذر مقبول جاز للزوجة ان تطلب الى القاضي تطليقها باثنا اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

وفي حكم لمحكمة الدر الشرعية^(٣) : هجر الزوج زوجته سنة فاكثر وتركه اياها في بلده بدون ان يحضر لها فيها مرة واحدة بما لا تحتمله الزوجة عادة موجب لتطليقها عليه . ولا يمنع من ذلك ادعاؤه الانفاق عليها أو أن غيابه كان للسعي وراء الرزق .

على اننا نرى في هذه الاحكام ان تحديد المهجر بسنة كاملة مدة طويلة قد لا تصبر الزوجة عليها ، ويبدو لي ان تحديد ذلك باربعة اشهر وهي مدة الايلاء التي حرم الله فيه على الزوج هجر زوجته اكثر من اربعة اشهر ، وبهذا تتحقق المصلحة ووضع حد لردع التعسف في الحقوق الزوجية المشتركة .

اذا تكررت الشكوى بعث القاضي حكمين :

جاء بحكم لمحكمة الازبكية الشرعية^(٤) : اذا تكررت دعوى طلب

(١) محكمة جرجا الشرعية حكم ٢٢ ربيع الاول ١٣٥٢ في ١٥ يوليو ١٩٣٣ المحاماة س ٥٥ ع ٥٧٨ .

(٢) محكمة المنيا الكلية ١٩٥٦/٥/٢١ حنفي ٢٠٦/٢ .

(٣) محكمة الدر الشرعية ٢٤ محرم ١٣٥٧ في ٢٦ مارس ١٩٣٨ المحاماة . س ٢ ع ١٧٨ .

(٤) محكمة الازبكية الشرعية ١٧ رجب ١٣٤٨ س ٢ ع ٢ ص ١٧١ .

التطبيق للضرر بعد رفعها للعجز عن الاثبات لا تقبل الا اذا ادعت مدعيها استمرار الضرر ان كان مما يقبل الاستمرار .

تفريق الحكمين ان كان الضرر من الزوج :

في حكم لمحكمة مصر الابتدائية الشرعية^(١) : يعين القاضي حكمين عند تكرر طلب التفريق للضرر ويحكم به متى قرر الحكمان ان الضرر من قبل الزوج .

تفريق الحكمين عند تعذر استمرار الحياة الزوجية :

جاء في قرار لمحكمة النقض السورية^(٢) : يتوجب على الحكمين ، عند تعذر استمرار الحياة الزوجية ، ايقاع التفريق بين الزوجين ، ولا يحق للقاضي الحكم بالبينونة الصغرى اذا كان تقرير الحكمين خلواً من الحكم بالتفريق .

يجب ان يكون الحكمان من الاهل ان لم يتعذر ذلك :

قررت محكمة النقض السورية^(٣) : ان كون الحكمين من الاقارب هو من النظام العام ، ولا يصار الى تعيين الاباعد الا عند التعذر .

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ٥ رمضان ١٣٥٣ في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٤ ع ٢ ص ٣٩١ س ٦ .

(٢) قرار النقض السورية في ١٩/٣/١٩٥٣ .

(٣) قرار النقض السورية في ٢٨/٦/١٩٦٠ .

هل يعتبر تعدد الزوجات ضرراً يبيح للمزوجة طلب التفريق بغيره؟..

وأينما ان القضاء توسع في التطبيق للشقاق والضرر تمشياً مع المصلحة ، ومع تطور الزمن فقد أصبح من الصعب ان يجبر انسان على مشاركة زوجته حياته كلها وهي على خصام وفي شقاق دائم .

ونلاحظ ان لجوء المحاكم الى هذا السبيل مرده مرونة القانون الذي لم يجدد الضرر لامن حيث الكيف ولا من حيث الكم بل ترك تقدير ذلك للقاضي من جهة ، وان المصدر لهذه المواد هو المذهب المالكي ، وقد لمسنا من نصوص فقهاء المالكية هذه المرونة ايضاً حتى انهم اعتبروا مجرد تحويل وجه الزوج عن زوجته سبباً مبرراً لطلب الطلاق .

والآن نود بحث موضوع قد يكون جديداً، وهو تعدد الزوجات لامن حيث مشروعيته بل من حيث آثاره على الزوجة الأولى والثانية ، وبمعنى اوضح هل يحق لأحدى الزوجات ان تطلب التفريق من القاضي للضرر حيث تزوج زوجها، او وجدت زوجة اخرى تشاركها حياتها مع زوجها ؟

نقل الطبري عن ابن عباس^(١) في تفسير قوله تعالى: «وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً فلا جناح عليها ان يصلحها بينهما صلحاً والصلح خير» . قال: فتلك المرأة تكون عند الرجل ، لا يرى منها كبير ما يجب وله امرأة غيرها احب اليه منها، فيؤثرها عليها، فأمره الله اذا كان ذلك، ان يقول لها: يا هذه ان شئت ان تقيمي علي ماترين من الأثرة فأواسيك وانفق عليك ، وان كرهت

(١) تفسير الطبري ٢٧٢/٩ .

خلت سبيلك ، فان هي رضية ان تقيم بعد ان يخيروها فلا جناح عليه وهو قوله : والصلح خير ، وهو التخيير .

ونقل ايضاً عن السدي في تفسير هذه الآية :

قال : المرأة ترى من زوجها بعض الخط^(١) (وفي المخطوطة بعض الجفاء) وتكون قد كبوت او لاتلد ، فيريد زوجها ان ينكح غيرها ، فيأتيها فيقول : « اني اريد ان انكح امرأة شابة اشب منك ، لعلها ، ان تلد لي واوثرها في الأيام والنفقة » فان رضية بذلك ، والا طلقها .

...

وفي رأبي انه يجب ان نفرق بين الزوجة الاولى والثانية في عدة حالات :

١ - فبالنسبة للزوجة الاولى : اذا تزوج زوجها عليها فهل لها ان تطلب

التفريق للضرر ؟ ..

أ - اذا شرطت الزوجة حين عقد الزواج انه لايجوز لزوجها ان يتزوج عليها وإلا كان لها حق الفسخ ، جاز الشرط ولزم ، فاذا تزوج عليها كان لها حق طلب الفسخ او الطلاق من القاضي .

ب - اما اذا لم تشترط ذلك فهل يحق لها طلب التفريق ؟ ..

اذا نشأ عن التعدد ضرر كعدم العدالة بين الزوجات او ايثار زوجة على اخرى فهذا سبب يميز لها طلب التفريق لانه لا يختلف عن اي ضرر يصيب الزوجة من زوجها او احد اقربائه .

اما اذا لم ينشأ ذلك فهل يعتبر مجرد الزواج بزوجة ثانية ضرراً على الزوجة الاولى يميز لها طلب التفريق ؟ ..

في رأبي ان مجرد التعدد ليس ضرراً ولايجوز ان يتخذ قرينه على الضرر لانه قد يكون له من الموجبات والاسباب ما يبيح له ذلك .

كما اننا لانستطيع ان نعتبر مجرد الزواج ضرراً وإلا منعنا الزوج من

(١) يريد بذلك بعض البخن من حقها ، والفتور في مودتها .

التعدد أصلاً ، وفي منع التعدد بحث طويل ولكن حسبنا أن نشير الى أن صلة التعدد بالطلاق صلة وثيقة فإذا نحن منعنا التعدد زادت نسبة الطلاق نسبة فاحشة .

٢ - اما بالنسبة للزوجة الثانية :

أ - اذا كانت تعلم حين عقد الزواج انه متزوج فقبلت بذلك كان هذا رضاء صريحاً منها في قبولها الأمر الواقع لضرورات هي ادرى بتقديرها ، ومن الظلم ان نمنع زوجة رضيت بمحض اختيارها وحسب ظروفها ان تعيش مع زوجة اخرى .

ب - اما اذا لم تعلم الزوجة الثانية بأن زوجها متزوج فتزوجته على انها زوجته الوحيدة ، فاذا بها تفاجأ بأن له زوجة اخرى ، ففي رأينا : يحق لها طلب الفسخ لأمرين :

١ - للتغريب من زوجها حيث لم يعلمها بأنه متزوج .

٢ - ولأنها تزوجته على شرط ملحوظ وهو أنه غير متزوج .

والشرط الملحوظ كالشرط المملفوظ ، وهنا يبدو لي ان هذا الشرط لا يصح اعتباره بالنسبة للزوجة الاولى ، لأن احتمال ان الزوج سيتزوج على زوجته اكثر من احتمال ان يكون الخاطب متزوجاً زوجة اخرى لا تزال في عصمته .

جاء في القانون المغربي :

الفصل ٣ : ف ٢ : للمتزوج عليها ، اذا لم تكن اشترطت الخيار ، ان ترفع امرها للقاضي لينظر في الضرر الحاصل لها . ولا يعقد على الثانية إلا بعد اطلاعها على ان مرید الزواج منها متزوج بغيرها .

فصل ٣١ : للمرأة الحق في ان تشترط في عقد النكاح ان لا يتزوج عليها زوجها وانه اذا لم يف الزوج بما التزم به يبقى للزوجة حق طلب فسخ النكاح .

ان الشرع الاسلامي حين اباح التعدد فانما اباح ذلك لضرورات تقتضيها الحياة الزوجية وما ينشأ عنها من امور قد تستوجب الطلاق مثلاً كما لو كانت زوجته الأولى عقيماً او مريضة فهل يطلقها ام يتزوج عليها ؟ ..

وقد احاط الشارع هذا التعدد بقيود ليس من السهل توافرها ، فان توافرت ضمنت للأسرة سعادتها ، وان لم تتوافر كان لكل من الزوجين حق طلب الطلاق من القاضي .

وقد نصت معظم قوانين البلاد العربية على شروط للتعدد منها القدرة على الانفاق وحسناً فعلت^(١) .

• • •

(١) راجع في هذا البحث : شرح قانون الاحوال الشخصية السوري للدكتور السباعي . القانون المغربي . المغني ١٤١/٨ . الانصاف ٣٥٤/٨ . نظام الاسرة للدكتور صلاح الناهي ص ٨٧ . مواهب الجليل ١٣/٤ . التاج المذهب ٧٣/٢ . الروض النضير ٧١/٤ . شرح الحرشي ١٤٢/٣ . مغني المحتاج ٢٥٢/٣ .

المطلب الثالث

المواد المفترضة

١) اذا اشتكى احد الزوجين اضرار الآخر به او حصول شقاق بينهما وطلب التفريق فللقاضي ان عجز عن الاصلاح بينهما ان يبعث حكيمين للنظر في امرهما .

٢) على الحكيمين الاصلاح بين الزوجين فان عجزا عن ذلك فرقا بينهما فان كانت الاساءة من الزوج فرقا بدون مال وان كانت الاساءة من الزوجة فرقا بمال يأخذانه منها الى الزوج على ان لا يتجاوز ما دفعه اليها .

* * *

الفرع الثالث

التفريق للغيبة او للسجن

المطلب الاول : اراء المذاهب

من انواع التفريق للضرر بين الزوجين هو غياب الزوج عن زوجته مدة لا تحتملها عادة فخشية فتنة الزوجة من جراء هذا الغياب اجازت بعض المذاهب للزوجة طلب التفريق للضرر من القاضي ، ومذاهب اخرى لم تجز ذلك . ذهب الاحناف والشافعية والظاهرية الى انه لا يجوز التفريق بناء على غيبة الزوج وان تضررت الزوجة بذلك لانه لم يثبت بذلك اثر يميز هذا التفريق . وقال مالك واحمد وبعض الزيدية ومتأخرو الجعفرية بجواز ذلك .

الاحناف :

فالاحناف تمسكاً مع اصلهم انه لا طلاق الا لمن اخذ بالساق فهم لم يميزوا التفريق لدى القاضي الا في العيوب وفي عيوب محددة .

الشافعية :

وذهب الشافعية كذلك الى عدم التفريق فقد جاء في الام^(١) :
« لم اعلم مخالفا في ان الرجل والمرأة لو غابا او احدهما برأ او بحراً ، علم مغيبهما او لم يعلم ، فماتا واحدهما ، فلم يعلم لهما بخبر ، او امرهما العدو فصيروهما الى حيث لا خبر عنهما ، لم نورث واحداً منهما بصاحبه الا بتعين وفاته قبل صاحبه ، فكذلك عندي امرأة

(١) الام الجزء الخامس ص

الغائب اي غيبة كانت مما وصفت او لم اصف بأسار عدو او بخروج الزوج ، ثم خفى مسلكه ... لا تعتد امرأته ولا تنكح حتى يأتيها يقين وفاته .

الظاهرية :

وقال ابن حزم^(١) : لا يجوز فسخ نكاح أحد بتغيبه ولا ايجاب عدة من لم يصح موته ولا ان يطلق احد عن غيره .

الزيدية :

اما الزيدية فقد ذهب صاحب الروضة الندية الى التفريق بسبب الغيبة فقال^(٢) : « واذا طالت مدة الغيبة وكانت المرأة تتضرر بترك النكاح فالفسخ لذلك جائز ، واذا جاز الفسخ للعنة فجوازها للغيبة الطويلة اولى لانه قد علم من نصوص الكتاب والسنة تحريم الامساك ضرراً والنهي للازواج عن الضرر في غير موضع فوجب دفع الضرر عن الزوجة بكل ممكن واذا لم يمكن الا بالفسخ جاز ذلك بل وجب . »

ويلاحظ انه لم يحدد اجلا معيناً للغيبة لانه امر اجتهادي يخضع لتقدير القاضي واختلاف الظروف والبيئات .

الجعفرية :

لم اجد في كتب الجعفرية المتقدمين من اجاز التفريق لغياب الزوج تمسكاً باصالة العقد وان الاصل في الطلاق ان يكون بيد الرجل الا ما جاء به نص على ان يكون بيد القاضي ولا نص بذلك ولهذا فلا يجوز التفريق .

(١) المحلى ١٠/١٤٢ .

(٢) الروضة الندية ٥٦/٢ .

غير ان بعض المتأخرين من رجال الفقه الجعفرية اجازوا للزوجة ان تطلب التفريق لغياب زوجها اذا تضررت من جراء ذلك .

جاء في المادة ١٤٠ من كتاب الفصول الشرعية^(١) :

اذا غاب الزوج ولم يكن له مال تنفق منه الزوجة ولا متبرع بالانفاق عنه ، فان عرف مكانه ارسل اليه الحاكم انذاراً بأن يرسل اليها النفقة او يحضر اليها او يطلبها اليه او يطلقها مختاراً ، ويضرب له اجلا يتناسب مع مقتضى الحال ، فان تمرد عن ذلك كله طلقها الحاكم .

وان جهل مكانه ولم يعلم موته ولا حياته ، ورفعت الزوجة امرها الى الحاكم يؤجلها اربع سنوات من تاريخ رفع الامر بحق ، ويتفحص عنه طوال هذه المدة ، فان لم يظهر له على اثرأ من الحاكم ولى الزوج بأن يطلقها فان لم يكن له ولى . او كان وامتنع عن الطلاق طلقها الحاكم .

وقال الشيخ جواد مغنیه في تعليقه على هذه المادة^(٢) :

طلاق زوجة الغائب المعلوم بالشروط المذكورة هي الفتوى الشهيرة للمرحوم السيد ابو الحسن وعمل بها خلق كثير في حياته .

(١) الفصول الشرعية ص ٨٠ .

(٢) المصدر السابق ص ٨١ .

الحنابلة :

قال الحنابلة اذا غاب الزوج عن زوجته بدون عذر مدة تنضرب بها الزوجة فلها ان تطلب التفريق من القاضي وحدد الامام احمد هذه المدة بستة اشهر لما روى عن عمر بن الخطاب انها اقصى مدة يمكن ان تصبر خلالها المرأة .
جاء في المغنى^(١) : وان سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها ...
وان طال سفره لذلك لا يصح نكاح زوجة المفقود اذا ترك لامرأته نفقة . وان لم يكن له عذر مانع من الرجوع فان احمد ذهب الى توقيته بستة اشهر . فانه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته ؟ . قال : ستة اشهر يكتب اليه فان ابى ان يرجع فرق الحاكم بينهما .

المالكية :

اما المالكية فقد توسعوا في التفريق لغياب الزوج اذا تضررت الزوجة من ذلك فلم يفرقوا بين غياب بعذر وغياب بدون عذر بل كل غياب تضررت منه الزوجة كان لها الحق في طلب التفريق
كما ان في المذهب خلافاً حول المدة التي يغيب بها الزوج قيل ثلاث سنوات وقيل سنة وهو الأرجح .

جاء في منح الجليل^(٢) : واما الغائب فالثلاث السنين ليست طويلاً عند الغرباني وابن عرفة ، وظاهر المدونة ان السنة طول ، وعليه ابو الحسن البرزلي ، ويكتب له ان كانت تبلغه الكتابة اما ان يقدم او تنقل زوجته اليه ، او تطلق عليه ، فان استنتج من ذلك قلوب له بالاجتهاد ثم ان شاءت طلق عليه واعتدت ، فان لم تبلغه الكتابة طلق عليه بضررها بتوك وطنها ، وهي مصدقة فيه وفي خوفها زناها ،

(١) المغنى ١٤٢/٨ .

(٢) منح الجليل ٣١٣٢ .

وهذا ان دامت نفقتها حقيقة او حكماً من ماله ، بأن ترك لها ما تنفق منه ،
وان لم يعينه لها .

وأما زوجة السجين فتقاس على زوجة الغائب بجماع الضرر بينهما اذ
زوجة كل منهما تتضرر من بعد زوجها عنها سواء كانت غائباً ام مسجوناً .
جاء في الاختيارات العلمية^(١) : - القول في امرأة الاسير والمحبوس ونحوهما
من تعدد انتفاع امرأته به اذا طلبت فرقة كالقول في امرأة المفقود بالاجماع
كما قاله ابو محمد المقدسي .

(١) الاختيارات العلمية ص ١٤٦ .

المطلب الثاني

مواد التفريق المفينة أو الحبس

في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية :

لبنان :

م ١٢٦ : اذا اختفى زوج امرأة او ذهب لمحل مدة سفر او اقرب وتغيب او فقد وتعذر تحصيل النفقة وطلبت زوجته التفريق فالحاكم بعد اجراء التحقيقات اللازمة يحكم بالتفريق بينهما .

م ١٢٧ : اذا ترك رجل مالا من جنس النفقة وتغيب وراجعت زوجته الحاكم وطلبت ، التفريق فالحاكم يجري التحقيقات اللازمة بحق الرجل المذكور ، فاذا حصل يأس من اخذ خبر بمجده وحياته او بماته يؤجل ذلك اربع سنوات اعتباراً من تاريخ اليأس واذا لم يمكن اخذ خبر بظرف هذه المدة واصرت الزوجة على طلبها يفرق الحاكم . واذا كانت غيبة الزوج في المحاربة فالحاكم يحكم بالتفريق بعد مرور سنة من عودة الطرفين المتحاربين واسراهما لمحلاتهم وعلى كلا الحالتين ، فالزوجة تعتمد بعدة الوفاة اعتباراً من تاريخ الحكم .

العراق :

م ٤٣ : اذا غاب الزوج سنتين فاكثر بلا عذر مشروع وكان معروف الاقامة جاز لزوجته ان تطلب الى المحكمة التفريق للضرر وان كان له مال تستطيع الانفاق منه .

م ٤١ : لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة خمس سنوات فأكثر ان تطلب الى المحكمة التفريق للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

الأردن :

نص في المادة ٩٢ بما جاء في القانون اللبناني في مادتيه ١٢٦ و ١٢٧ وزاد على ذلك : - م ٩٩ : أزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطبيق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

تونس :

لم ينص على احكام الغائب والسجين .

مصر :

م ١٢ : اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز أزواجه ان تطلب الى القاضي تطبيقها بائناً اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

م ١٣ : ان امكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له القاضي اجلا واعذر اليه بأنه يطلقها عليه ان لم يضر الالقامة معها او ينقلها اليه او يطلقها . فاذا انقضى الاجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطبيقه بائنة . وان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها القاضي عليه بلا اذار وضرب اجل .

م ١٤ : لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطبيق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

المغرب :

نص على التفريق للغيبة في الفصل السابع والخمسون وهو مشابه للقانون المصري تماماً الا انه لم يذكر شيئاً عن احكام السجين .

سوريا :

م ١/١٠٩ / اذا غاب الزوج بلا عذر مقبول او حكم بعقوبة السجن اكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب او السجن ان تطلب الى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .
(٢) هذا التفريق طلاق رجعي ، فاذا رجع الغائب او اطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها .

ملاحظاتنا : ونلاحظ ان القانون السوري اعتبر التفريق بسبب الغيبة او السجن طلاقاً رجعياً خلافاً لما ذهبت اليه القانون المصري حيث اعتبره بائناً .
ويبدو لي ان في اعتبار الطلاق رجعياً في هذه الحالة تمشياً مع القانون في تفريقه للاعسار حيث اعتبره رجعياً مشروطاً بالقدرة على الانفاق كما سنرى بعد قليل .
وفي كلتا الحالتين وان كانت الزوجة هي التي طلبت التفريق فان الرجعة لا تجوز ان تكون ضد رغبتها لثلايفوت مقصودها من طلب الطلاق إلا انه من الواضح ان طلب التفريق للغيبة هنا سببه بعد الزوج عنها لالشيء آخر فاذا عاد اليها وهي في العدة فقد حصل مقصودها ولم تفوت الرجعة ما قصده ، بل حققته لها .

ولهذا فاني ارجح ما ذهب اليه القانون السوري لما سلف ذكره وللإبقاء على الحياة الزوجية والتضييق من نطاق الطلاق ما امكن لذلك سبيلاً .
كما ان في تحديد مدة الغيبة او السجن سنة كاملة اخذاً من المذهب المالكي خلافاً للمذهب الحنبلي هو أقرب للمصلحة للحرص على الإبقاء على الحياة الزوجية .

• • •

المطلب الثالث

الاجتهادات القضائية في الغائب والمحجوس

الغياب بدون عذر مشروع :

في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية^(١) : اذا غاب الزوج عن زوجته سنة فأكثر بدون عذر مقبول يباح لزوجته ان تطلب تطليقها منه بائناً اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

لابد من الاعذار قبل التطليق :

في حكم لمحكمة ادفو الشرعية^(٢) : اذا غاب الزوج عن زوجته الى بلد قريب او بعيد معلوم او غير معلوم بلا عذر شرعي سنة فأكثر وتضررت الزوجة من ذلك جاز لها ان تطلب التطليق عليه ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه وللقاضي ان يعذر عليه اذا امكن والا طلق عليه بدون اعذار . أما السجين فلا بد من الحسب عليه ثلاث سنين حتى يحق لزوجته طلب التفريق :

في حكم لمحكمة السيدة الشرعية^(٣) : ان المدعى عليه مقيد الحرية ... فاذا كان قد هجرها في المضجع فان ما قد حصل من ذلك كان قهراً عنه وبلا ارادة منه ومدة السجن اقل من ثلاث سنوات فلا يؤخذ به عدالة عملا بهذه النصوص .

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/١/٢٦ .

(٢) محكمة ادفو الشرعية ٢٠ نوفمبر ١٩٤٣ عدد ٥١٤ محاماة شرعية ص ١٣٥ .

(٣) محكمة السيدة الشرعية ١٦ ربيع الثاني ١٣٥٣ في ٢٨ يوليو ١٩٣٤ المحاماة س ٦ غ ٦ ص ٧٩٩ .

ولابد من مضي سنة على حبسه :

في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية^(١) : لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

• • •

هذه هي أهم أسباب الطلاق لدى القاضي في الشريعة الاسلامية ، لم اتعرض لغيرها ضمن حدود بحثي وخشية الإطالة^(٢) .

• • •

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ٢١/٢/١٩٥٧ .
(٢) رغب والرسالة تحت الطبع أن أضيف فصلاً في هذا الباب وهو الفسخ لعدم الوفاء بالشرط ، ولما كان الاستاذ المشرف لم يطلع على هذا البحث حين الموافقة ظناً مني أن هذا أقرب إلى بحث العقد ومدى ما يتمتع به العاقد أن في الاشتراط . فقد حاولت الاتصال بسيادته فلم يتيسر لي ذلك ولهذا فاني اثبت أهم ما يتعلق بهذا الموضوع من مبادئ :
اختلف الفقهاء في مدى ما يتمتع به الزوجان من الاشتراط اثناء عقد الزواج ، فهل كل شرط صحيح ؟ . وإذا لم يكن كذلك فهل يبطل العقد أم يلغو الشرط والعقد صحيح .
الظاهرية : ١ - كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ٢ - وبطلان الشرط يقتضي بطلان العقد ٣ - واستثنوا من الشروط شرط السلامة من العيوب .
الزيدية : ١ - إذا خالف الشرط مقتضى العقد ، فالشرط باطل والعقد صحيح إلا إذا شرطت أن لا يبطأها فيبطل العقد .
٢ - إذا تنازلت الزوجة عن شيء من مهرها لقاء ما شرطت صح الشرط فإن لم يف زجعت عليه بالنقصان .

الاباضية : ١ - الشرط الذي فيه منقمة ولا يخالف مقتضى العقد فهو صحيح .
٢ - الوفاء بالشرط واجب للزوجة ولها أن تلزمه بذلك .

== ٣ - إذا لم يف الزوج بالشروط فالزوجة أن تطلق نفسها .

٤ - الفرقة للاخلال بالشروط فسخ لا رجعة فيه .

الامامية : ١ - كل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل والعقد صحيح .

٢ - وكل شرط لم يخالف مقتضى العقد كان صحيحاً والزم الزوج بالوفاء به ، انما إذا أخلف لا يحق للزوجة طلب الفسخ .

فاذا اشترطت الزوجة على زوجها أن لا يخرج من بلدها ، أو أن يسكنها في منزل معين فالشرط صحيح وملزم ولكن إذا أخلف بالشرط فساهم لا تلزم الزوجة بالسفر معه ولا تعد ناشزه بمعنى أن النفقة تستمر وهي على شرطها . - راجع خلاف ذلك للاستاذ الحنفى في فرق الزواج ص ٢٦ .

المالكية : ١ - إذا شرط ما يوافق مقتضى العقد كان الشرط صحيحاً وملزماً . وفي رأينا أن هذا الشرط وعدمه سواء ، كالمو شرط عليها أن لا يؤثر غيرها من نساءه عليها أو أن لا يمنع عن الانفاق عليها .

٢ - إذا شرط شرطاً لا يقتضيه العقد فهذا نوعان :

نوع لا ينافي مقتضى العقد ولا يؤدي الى الاخلال بشرط من شروط صحته فهذا ملزم يجب الوفاء به وإلا فسخ العقد . كالمو شرطت عليه ان لا يتزوج عليها فالشرط صحيح ملزم .

راجع خلاف ذلك للاستاذ الحنفى في كتابه المعاملات ص ٢١٣ .

والنوع الثاني : شرط غير صحيح غير أنه إن أدى الى الاخلال بصحة العقد كان موجباً لبطلان العقد المشترط فيه .

الشافعية : ١ - إن خيار الشرط في النكاح يبطل النكاح لأن النكاح مبناه اللزوم فشرط ما يخالف صحته .

٢ - الشرط اذا خالف مقتضى العقد لغا وصح العقد كشرط ان لا يطلأها .

٣ - الشرط اذا وافق مقتضى العقد كان صحيحاً كشرط النفقة .

٤ - واختلفوا في الشرط الذي فيه غرض ومنفعة فقالوا : ان كان للزوجة في الشرط مصلحة كان الشرط صحيحاً وإلا كان فاسداً ولم يعددوا ماهية الغرض ولا تفسير المصلحة فهي كلمة تسع لمعان وتفسيرات شتى .

واعتبروا شرط عدم التزوج ثانية شرطاً صحيحاً ملزماً .

الاحناف : ١ - كل شرط وافق مقتضى العقد ، أو يؤكد موجباً أو جرى به

العرف ، أو ورد به الشرع كان واجب الوفاء .

٢ - وكل شرط زاد على مقتضى العقد ولم يرد به الشرع ولا جرى به عرف ، وكان فيه =

== نفع لأحد العاقدين كان شرطاً فاسداً فيلغو ويصح العقد كما لو اشترطت أن لا تخرج من بلدها .
الحنابلة : توسع الحنابلة في الشروط فقالوا كل شرط فيه منفعة ولا يشمل عقود عقد
 النكاح فهو صحيح ولازم لقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود . واقوله عليه السلام :
 ان احق الشروط ان توفوا به ما استحلتم من الفروج .
 فللزوجة عند الحنابلة أن تشتترط عدم السفر من بلدها ، والا يتزوج عليها ، فاذا لم يف
 الزوج بذلك كان لها حق طلب فسخ النكاح .

ولا فرق بين اشتراط الزوجة أو الزوج في ذلك .
واخلاصة : يبدو لي أن سبب الخلاف في التوسع في الشروط والتضييق فيه هو
 الخلاف في آثار العقد هل هي من عمل الشارع أم من عمل العاقد ؟ ...
 قال بعضهم : ان آثار العقود من عمل الشارع لا العاقد فارادة العاقد تظهر حين انشاء
 العقد فقط والشارع هو الذي يرتب آثار ذلك .
 وقال بعضهم : ان العقود تنشأ وتوجد بارادة العاقد وان آثارها تتحد كذلك
 بتلك الإرادة .

والذي أراه : ان آثار العقد هي من عمل العاقد ضمن حدود الدائرة التي رسمها الشارع .
 فللزوجة ان تشتترط حين الزواج كل شرط لا يخالف نصاً والزواج ملزم بالوفاء به وإلا كان
 لها حق الفسخ لان الرضا حين التعاقد تم على اساس هذا الشرط بحيث لو لم يتحقق لاختل الرضا
 وهو ركن في العقد .
 مراجع هذا البحث :

المعاملات احمد ابراهيم ص ١٠٠ ، المعاملات للشيخ علي الخفيف ص ٢١٢ . بحث هام في
 الشروط في مجلة القانون للكتور زكي الدين شعبان . المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء
 ص ٣٤٣ . المدخل الفقهي للكتور محمد سلام مدكور ص ٣٦٣ . آثار عقد الزواج للاستاذ
 محمد ابو زهرة ص ١٩٨ . الملكية ونظرية العقد للاستاذ محمد ابو زهرة ١٩٨ . فرق الزواج
 للشيخ علي الخفيف ص ٣٢٦ . أحمد بن حنبل للشيخ محمد ابو زهرة ص ٣٣٦ .
 وراجع ايضاً :

الفتاوى الهندية ٣٩٦/٤ ، معني المحتاج ٢٢٦/٣ . نهاية المحتاج ٩/٦ شرح الخرشي ١١٦/٣
 مواهب الجليل ٥٤٤/٣ : الروضة البهية ١٢٧/٢ تحرير الأحكام ٢٤/٢ الزواج والطلاق
 في المذاهب الخمسة ص ١٦ ، المنتزع المختار ٢٣٩/٢ التاج المذهب ٢٩/٢ ، شرح النيل ١٧٩/٣
 المحلى ٤١٢/٨ فتاوى ابن تيمية ٣٤٦/٣ الاختيارات العلمية ص ١٢٩ المغني ٥٧٣/٧
 كشاف القناع ٧٦/٥ زاد المعاد ٥/٤ الانصاف ١٥٤/٨ .

المبحث الثاني

التفريق للضرر لدى اليهودية والمسيحية

الفرع الأول

التفريق للضرر عند اليهود

التفريق للضرر او الشقاق بين الزوجين في الشريعة اليهودية حق لكل متضرر منها فاذا كان الضرر من الزوجة اعتبر هذا مسوغاً للطلاق اذا طلق الرجل زوجته وسقطت حقوقها المالية . اما اذا كان الضرر من الزوج فللزوجة أن ترفع الأمر الى القضاء طالبة التفريق .

وقد نصت قوانين الاحوال الشخصية لدى اليهود على حالات معينة تجيز التطليق بسببها اذا ما توافرت لدى احد الزوجين كضرب الزوج زوجته أو شتم الزوجة زوجها ولكن على ما يبدو ان للمحكمة السلطة في تقدير ذلك كله على الحياة الزوجية ولولم ينص على ذلك اذاماتين استجالة الحياة الزوجية بين الطرفين .

اولا — طائفة الربانيين

(١) ضرر الزوجة :

ففي حالة اضرار الزوجة : قالوا اذا شتمت زوجها وتكرر منها للزوج طلاقها مع اسقاط حقوقها .
نصت المادة ٢٢٠ : اذا تكرر من الزوجة شتم زوجها وبخت وانذرت فاذا عادت سقطت حقوقها .

(٢) صور الزوج :

إذا اعتاد الزوج الزنا أو اعتاد ضرب زوجته بدون مبرر فللزوجة أن تطالب الطلاق من القاضي والقاضي يوجب الزوج أولاً ويحلفه على أن لا يعود فإن حنت بذلك أمر بالطلاق .

جاء في المادة ٢١٦ : إذا اعتاد الرجل الزنا واعتاد ضرب زوجته أو اطعامها غير الحلال ، جاز اجابة طلبها الطلاق .

مادة ٢١٧ : ضرب الزوج محرم شرعاً وإذا اعتاده الرجل وبجته الشرع وحلفه أن لا يعود فإن حنت وعاد أمر بالطلاق ودفع الحقوق .

وجاء في حكم لمحكمة الاستئناف بالقاهرة^(١) : انه وفقاً للمادتين ٢١٦ و ٢١٧ من كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية للاسرائيليين لا يسوغ طلب الطلاق اذ أن الضرب على ما جاء بالمادتين المذكورتين لا يبرر الطلاق الا اذا اعتاده الزوج وقارفه بعد توبيخ رجل الشرع له وبعد ان يحلفه بالا يعود ، فان حنت وعاد يؤمر عندئذ بالطلاق ودفع الحقوق .

ولما كان لم يثبت في النزاع الراهن أن الزوج قد اعتاد ضرب زوجته فلا يقضى بالتطليق .

(٣) الشقاق بين الزوجين :

اما اذا كان الشقاق ناشئاً عن أحدهما ام كان من الزوجين فللمحكمة تقدير ذلك في طلب التفريق .

جاء في المادة ٢٢١ : اذا تكدوت المعيشة لسوء اخلاق الزوجة اولتشدهه في الانفاق عليها ، جاز لزوجه طلب الطلاق .

(١) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٦/٤/٢٥ الاحوال الشخصية رفعت خفاجي

٤ (التطبيق للغيبة :

نصت م ١٣٩ : للزوجة منع سفر زوجها اذا كان لجهة بعيدة .
وكذلك المادتان ١٤٢ و ١٩٤ .

وحكمت استئناف القاهرة (١) : بأن الغياب الذي يعتبر سبباً للطلاق في الشريعة الاسرائيلية هو الذي يكون لعذر غير مقبول وان تكون الغيبة في بلد في الخارج غير موافق لإقامة الزوجة وأن يقصد بتلك الغيبة وضع حد للحياة الزوجية المشتركة وان تكون قد مضت مدة كافية تتضرر منها الزوجة بالغياب .

ثانيا : طائفة القرائن

أما القرائن فيجيزون التفريق للضرر ايضاً وإن كانوا يعدون ذلك من قبيل العيوب توسعاً منهم بالعيوب غير المحتمل الذي يعتبر مسوغاً للطلاق عندهم فاعتبروا من العيوب سوء المعاملة والابتذال في الأسواق وإتيان ما يمس الأخلاق والشرف .

جاء في شعر الخضر وهو يعدد العيوب المجيزة للتفريق (٢) .
سوء المعاملة لكثرة النزاع وشده المعاندة والنواقحة .
والابتذال في الطرق والأسواق بلا اطلاع زوجها وإتيان ما يمس الشرف .

• • •

(١) استئناف القاهرة ٢٥/١٠/١٩٥٦ .

(٢) شعار الخضر ص ١٢٧ .

الفرع الثاني

التطبيق للضرر في المسيحية

الاقباط الارثوذكس :

يجوز لأحد الزوجين طلب التطلق للضرر لدى الاقباط الارثوذكس وقد عبّرت المجموعات الفقهية والقانونية عن ذلك بافساد الحياة العائلية احياناً والعمل على اضرار حياة الآخر احياناً أخرى كما عبّرت عن ذلك القوانين الأخيرة باعتداء أحد الزوجين على الآخر .

ذكر ابن العسال^(١) : ان الزيجة تفسخ اذا دبر أحد الزوجين على فساد حياة الآخر . وان دبّرت المرأة على حياة زوجها بأي وجه كانت وعلمت أن آخرين يحرّضون في ذلك فلم تظهره له لأن المرأة والرجل بالزواج صاروا واحداً فخيانتها له توجب فصلها منه خشية ان تقضي على حياته بما تدبره له . وقال ابن كير^(٢) : « ان مما يفسخ الزيجة ان يعمل أحد الزوجين على فساد حياة الآخر ، اما في مضاجرة احدهما الآخر مضاجرة ظاهرة فاحشة ففيه خلاف » .

وذكر الايغامانوس فيلوتاؤس من اسباب فسخ الزيجة^(٣) : « اذا تخيل أحد الزوجين على اضرار حياة الآخر بأية وسيلة كانت أو علم ان آخرين

(١) المجموع الصفوي : الباب الرابع والعشرون : الفصل السادس .

(٢) مصباح الظلمة . الباب العشرون .

(٣) الخلاصة القانونية . السبب السادس ص ٣٨ .

يسعون في ذلك فيكتمه ولم يظهره لقرينه ثم انكشف الامر وثبت ذلك
يفسخ الزواج ويفارق الحائن .

وعلق شارح الخلاصة القانونية على هذا النص بقوله : « لأن بقاءهما معاً
موجب للنزاع المستمر المؤدي الى البوار » .

وجاء في المادة ٥٧ من قانون ١٩٣٨ « يجوز ايضاً طلب الطلاق اذا أساء
احد الزوجين معاشرة الآخر او أخل بواجباته اخلاقاً جسيماً مما أدى الى
استحكام النفور بينهما وانتهى الامر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقية
ثلاث سنين متوالية . ولم يرد مثل هذا النص في مجموعة ١٩٥٥ .

نص قانون ١٩٣٨ في المادة ٥٥ :

« اذا اعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر واعتاد ايذاءه ايذاءً جسيماً
يعرض صحته للخطر جاز للزوج المجنى عليه ان يطلب الطلاق » .
ونفس النص جاء في المادة ٥٣ من مجموعة ١٩٥٥ .

ونص ايضاً في المادة ٥٢ : « اذا غاب احد الزوجين خمس سنوات
متوالية بحيث لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من وفاته و صدر حكم باثبات غيبته
جاز للزوج الآخر ان يطلب الطلاق » .

ومثل ذلك جاء في المادة ٥٠ من مجموعة ١٩٥٥ .

وجاء في مجموعة ١٩٥٥ في المادة ٥١ : « الحكم على احد الزوجين
بعقوبة الاشغال الشاقة او السجن او الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر يسوغ
للزوج الآخر طلب الطلاق » .

من هذه النصوص ومن قانون ١٩٣٨ بصورة خاصة نرى ان اسباب التطلق
للضرر لدى الاقباط الارثوذكس يمكن حصرها بالاسباب التالية :

١ - اساءة احد الزوجين للآخر او اخلاقه بواجبات الزوجية مما يؤدي
الى استحكام النفور الزوجي وهجر احدهما للآخر مدة ثلاث سنوات .

- ٢ - اعتداء احدهما على الآخر او اعتياد ابدائه اذى جسيما .
 ٣ - اذا غاب احدهما عن الآخر خمس سنوات متوالية دون أن يعلم مقره
 وصدور حكم بذلك .
 ٤ - الحكم على أحد الزوجين بالحبس لمدة سبع سنوات .

الأرمن الأرثوذكس :

وكذلك نص قانون الأرمن الارثوذكس في مادته ٥٢ على أنه يجوز
 الحكم بالطلاق اذا وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل اشتراكهما في
 المعيشة مستحيلا .

ونسنتعرض التطبيقات العملية للمحكم في التطلق حسب هذه المواد لنعرف
 لأي مدى يذهب الاجتهاد القضائي في التفريق للضرر بين الزوجين في المسيحية

القسم الاول - التطلق للاساءة والاخلال بالواجبات الزوجية

قضت محكمة استئناف القاهرة^(١) : « ان المادة ٥٧ من قانون الاحوال
 الشخصية للاقباط الارثوذكسين الذي أقره المجلس الاعلى العام بجلسته المنعقدة
 في ٩ مايو ١٩٣٨ وعمل به اعتباراً من ٨ يوليو ١٩٣٨ تبرر التطلق اذا اساء
 أحد الزوجين معاشرة الآخر أو اخل بواجباته نحوه اخلالا جسيما أدى إلى
 استحكام النفور بينهما وانتهى الامر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة
 ثلاث سنين متوالية . وهذه الاسباب قائمة هنا . إذ أن زوجة المدعى قد هجرته
 لمدة تربو على تسع سنين لم ينفع في خلالها مساعي التوفيق حتى تصدعت العلاقة
 الزوجية وأصبح استمرار العشرة بينهما مستحيلا » .

(١) استئناف القاهرة ١٩٥٦/٣/٢١ وفي هذا المعنى استئناف القاهرة ١٩٥٦/٤/٢٥
 وايضاً استئناف القاهرة ١٩٥٦/٥/١٦ رفعت خفاجي ص ٨٠ .

طلب التطليق هو حق للمتضرر من الزوجين :

جاء في حكم استئناف القاهرة ^(١) : « جعل السبب في الفرقة مقترنا بالضرر والتجاوز عن البحث فيمن من الطرفين هو المتسبب في الفرقة في حالة رضاء الطرف الآخر بالتطليق انما يؤدي في النهاية إلى ترك التطليق الى ارادة الزوجين وهو غير جائز في شريعة الاقباط الارثوذكس التي ينتمي اليها الطرفان » .
العبرة بما جاء في قانون ١٩٣٨ وعدم النص في مجموعة ١٩٥٥ لا أثر له .

- جاء في حكم لمحكمة استئناف الاسكندرية ^(٢) :
- (١) يبيح قانون المجلس الملي للاقباط الارثوذكس الصادر في ١٩٣٨ الطلاق إذا اساء أحد الزوجين معاشرة الآخر ...
 - (٢) غير ان مشروع القانون المقدم للحكومة من طائفة الاقباط الارثوذكس في ١٩٥٥ خلاف هذا النص ...
 - (٣) لم يكسب هذا المشروع صفة القانون لعدم التصديق عليه وصدور قانون به ومن ثم فلا الزام على المحاكم في التقيد بأحكامه .
 - (٤) تحديد مدة الفرقة بثلاث سنوات على ما جرت عليه احكام المجالس المليية هو تحديد تحكيمي لا سند له في كتب الدين ولم تنقيد به المجالس المليية نفسها في بعض أحكامها .
 - (٥) العلة في هذا التحديد هي أن القائلين به يرون ان استطالة الفرقة لهذه المدة يفقد معه كل أمل في عودة الحياة الزوجية . اما قبل انقضاء فيكون باب الامل ما زال مفتوحاً ، فإذا ثبت من ظروف الدعوى بما لا يدع مجالاً للشك قبل اكتمال الثلاث سنوات على الفرقة ان عودة الحياة الزوجية أصبحت
-

(١) استئناف القاهرة ١٩٥٨/٥/٢١ حنفي ٤٦٩٠/٢ .

(٢) استئناف الاسكندرية ١٩٥٧/١١/٢٠ .

ضرباً من محال فلا جدوى من انتظار اكتمال المدة . بل ان في هذا الانتظار ضرراً محققاً يلحق بالزوجين وتعرضاً لهما للوقوع في الخطيئة .

وجاء في حكم لمحكمة بنها^(١) : ان ما تهدف اليه الحياة الزوجية هو التعاون بين الزوجين واقامة الروابط فيها على أساس المودة والرحمة فاذا تعذر استحالة عودة الحياة الزوجية أصبح العوض من الزواج غير متحقق ويلزم فسخه .
التطبيق للخطأ المشترك :

وفي حكم لمحكمة استئناف الاسكندرية^(٢) : « اذا اسببات للمحكمة استحالة استمرار الحياة الزوجية وأنه لا امل في عودة الوثام بين أفراد الأسرة اذا وصل الامر الى اتهام الزوج لزوجته بوجود علاقة اثم بينها وبين الغير ولاتهام الزوجة لزوجها بالتعطل والاعتماد في الانفاق على المنزل على عملها في حياتها الملبس فإنه يتعين الحكم بالتطبيق لخطأ الطرفين المشترك » .

التطبيق لاتهام أحد الزوجين الآخر

في حكم للمجلس الملى للاقباط الارثوذكس^(٣) : « تبادى كل من الزوجين في اتهام الآخر بما يشبه وما يس شرفه وتولد الكراهية بينهما وانتهى حياتهما العائلية ، بما يبرر فسخ الزواج إذا أصبحت عودتهما للحياة الزوجية ميئوساً منها . وفي حكم لمحكمة القاهرة^(٤) : ان اتهام الزوجة لزوجها بجرمة خلقية شاذة تستوجب الحكم عليه بالاشغال الشاقة ، يصلح سبباً للتطبيق بشرط ثبوت سوء نيتهما وعلمها بكذب هذا الاتهام لما في هذا الاتهام من الضرر الذي يعود على الزوج من قيام الزوجية بعده .

(١) محكمة بنها الابتدائية ١٩٥٦/٦/٢٥ .

(٢) استئناف الاسكندرية ١٩٥٦/١٢/٢٧ .

(٣) مجلس ملي فرعي الاسكندرية ٥٥/١٢/٣ حنفي ص ١٨٩ .

(٤) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/٥/١٤ اهاب اسماعيل ص ٢١٨ وخفاجي

ص ١١٧ .

التطليق لهجر أحد الزوجين الآخر :

في حكم لمحكمة الاستئناف الاسكندرية^(١) : « إذا ثبت ان الزوج هجر زوجته منذ أكثر من خمس سنوات وان محاولات قد بذلت للصالح ولكن الزوج رفض كانت الزوجة على حق في طلب الطلاق .

ويجب أن يكون طلب التطليق من المتضرر من الهجر :

في حكم لمحكمة الاستئناف في القاهرة^(٢) : « ان الهجر الذي يعتبر سبباً للطلاق يجب أن يكون مصدره المدعى عليه لا المدعي وثابت من ظروف هذا النزاع وملابساته التي استعرضتها المحكمة أن الزوجة لم تخطيء وان الزوج هو الذي اخطأ وان الزوجة سعت إلى منزل الزوجية ففصدها هو عنه .

التفريق لتنافر الطباع لدى الارمن الارثوذكس :

قضت محكمة القاهرة^(٣) : « ان الطرفين ينتميان إلى طائفة الارمن الارثوذكس وبالرجوع إلى التقنين العرفي لهذه الطائفة تبين منه جواز الطلاق في حالة الامتناع عن المعاشرة الزوجية أو فساد أخلاق الزوج أو سلوكه سلوكاً مريباً لا يتفق مع الاحترام الواجب للزوجة أو إذا وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل اشتراكهما في المعيشة مستحيلاً » .

(١) استئناف الاسكندرية ١٩٥٨/١/٢٢ صالح حنفي ٤٦٨/٢ .

(٢) استئناف القاهرة ١٩٥٥/١٢/١٩ رفعت خفاجي ص .

(٣) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/١١/١٠ .

(٤) استئناف القاهرة ١٩٥٧/٥/١٥ .

القسم الثاني — التطلاق للاعتداء

قضت محكمة استئناف القاهرة (٤) : ان الاعتداء الذي يبرر التطلاق وفقا للمادة ٥٥ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكسيين هو الاعتداء المادي الذي يصل الى محاولة القتل أما إذا لم يصل الاعتداء الى تلك المرتبة من الخطورة فإن تكراره مع جسامته تغني عن تلك المرتبة بحيث يعرض صحة الزوج الواقع عليه ذلك الاعتداء للخطر .

القسم الثالث — التطلاق للغبية

في حكم لمحكمة المنيا الابتدائية (١) : ان الشريعة المسيحية تبيح حل الرابطة الزوجية بالوفاة ، والغائب في حكم الميت ، وهذه هي حكمة النص على التطلاق للغبية .

القسم الرابع — التطلاق للسجن

في حكم للمجلس الملي في دمنهور (٢) : سجن الزوج لمدة ست سنوات يعطى الزوجة الحق في طلب الطلاق .
وفي حكم محكمة استئناف القاهرة (٣) : ان المادة ٥٣ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس تشترط في العقوبة التي تجيز الطلاق ان تكون لمدة سبع سنوات فاكثر .

(١) محكمة المنيا الابتدائية ١٠/٤/١٩٥٨ خفاجي ص ١١٤ .

(٢) مجلس ملي فرعي دمنهور ٢١/١/١٩٥٥ صالح حنفي ص ١٨٩ .

(٣) محكمة استئناف القاهرة ١٥/١٠/١٩٥٨ .

المبحث الثالث

التفريق للضرر في القوانين الأجنبية

الفرع الأول

التفريق المشفق والضرر بين الزوجين في القانون الفرنسي

أجاز القانون الفرنسي التطلاق للضرر في المادتين ٢٣١ - ٢٣٢ ففي الأولى حدد مفهوم الضرر ، وذلك بأن يصدر ضد أحد الزوجين حكم بعقوبة سائنة وفي المادة الثانية اعتبر المشرع كل اعتداء او اساءة من احد الزوجين او اهانة سبباً من الاسباب التي تجعل الزوج الآخر الحق في طلب التطلاق من القاضي . وفي هذه المادة توسع القضاء الفرنسي بحيث اعتبر الشقاق بين الزوجين اساءة وإخلالا بالالتزامات الزوجية تجيز التطلاق .

على أن دعوى التطلاق لا يجوز رفعها إلا بعد محاولة القاضي الصلح بين الزوجين . فان تعذر عليه ذلك نظر في الدعوى وقدر الأمر المشكو منه فإن رأى الاساءة او الاهانة جسيمة الى حد لا تستمر معها الحياة الزوجية حكم بالطلاق . ويجب على القاضي ان يذكر فشله في الصلح في الحكم بالتطلاق كما نصت على ذلك الفقرة السابعة من المادة ٢٣٨^(١) .

(١) جيل خانكي الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٩٣ .

وقد يرغب احد الزوجين في الانفصال لا في الطلاق فيذكر ذلك في دعواه وان الاسباب نفسها التي تجيز الطلاق تجهيز الانفصال .

م ٢٣١ : اذا صدر الحكم على احد الزوجين بعقوبة بدنية شائنة جاز للزوج الآخر ان يطلب الطلاق بناء على ذلك الحكم .

وهذه المادة حلت محل المادة ٢٣٢ من القانون السابق (بقانون ١٨٠٤) .
« الحكم على أحد الزوجين بعقوبة بدنية شائنة يكون سبباً كافياً للزوج الآخر لطلب الطلاق » .

ومناطق التفريق في هذه المادة هو الضرر الذي يصيب احد الزوجين من جراء الحكم على صاحبه بعقوبة بدنية كالاعدام والاشغال الشاقة والسجن ولهذا أجاز له المشرع طلب التطبيق .

والتفريق هنا اذا ما أصر عليه المدعي هو الزامي بالنسبة للقاضي فليس له حق تقدير أثر تلك الجريمة او العقوبة على كرامة الطرف الآخر واعتباره هذا اذا لم يثبت للقاضي ان المدعي قد رضي او شجع على ارتكاب الجريمة فيسقط حقه حينئذ .

ويتطلب التفريق بسبب هذه المادة خمسة امور :

(١) ان يكون الحكم في جنابة لا في جنحة الا اذا كانت الجنحة لحادث يخل بالشرف .

(٢) ألا يكون المدعي طالب الطلاق محكوما عليه بعقوبة جنابة .

(٣) ان تكون الجريمة قد تمت دون «لم الطرف الآخر ودون رضائه» .

(٤) أن يكون الحكم نهائياً أما اذا كان قابلاً للطعن فلا يصلح سبباً لطلب التطبيق .

(٥) أن يكون وقت صدور الحكم اثناء قيام الزوجية أما لو كان قبل ذلك فلا يصلح سبباً للتفريق .

ولا فرق ان تكون الجريمة قد وقعت قبل الزواج ام بعد ذلك ما دام الحكم قد صدر اثناء قيام الزوجية (١) :

والعفو عن العقوبة او سقوطها بالتقادم لا يمنع الزوج من طلب التطلق .
أما العفو الشامل بعد الحكم فيزيل اثر الجريمة وبالتالي يسقط حق الزوج في طلب التطلق (٢) .

وهذا يؤيد ما سبق أن قلناه ان مناط التفريق هو الضرر الذي يصيب الزوج الآخر في كرامته واعتباره فاذا زال اثر الجريمة بالعفو الشامل فلا ضرر .

وكذلك فان الاصل ان تكون العقوبة في جنابة الا اذا كانت الجنحة تمس الاخلاق والشرف لأن عقوبة الجنحة وان كانت أخف من عقوبة الجنابة الا أنها تسيء الى كرامة الزوج الآخر فصاحت ان تكون سبباً للتطلق وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي .

يقول استاذنا الدكتور الشرقاوي (٣) : أما لو كان الحكم بعقوبة الجنحة فانه لا يعتبر سبباً ملزماً للطلاق ... ولكن يلاحظ من ناحية اخرى ان القضاء يجري على اعتبار مثل هذه الاحكام سبباً لطلب الطلاق باعتباره اساءة بالغة وعندئذ لا يكون سبباً ملزماً للطلاق بل يعتبر سبباً اختيارياً .

وقد جاء في حكم لمحكمة تولوز (٤) : ان حكم الادانة في جنحة لا يجوز ان يعتبر اهانة جسيمة الا اذا كان قد صدر بسبب حادث يخل بشرف الزوج مباشرة او يمس حقوق الزوجية . وفي مثل هذه الحالة فان الفعل الجنائي وليس

(١) مذكرات الدكتور جيل الشرقاوي ص ٢٨ انحلال الزواج في التشريعات الاوربية .

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين ٢٨٥/١ جيل الشرقاوي .

(٣) مذكرات الدكتور الشرقاوي ص ٢٧ .

(٤) حكم محكمة تولوز ٣١ ديسمبر ١٨٨٨ مرجع القضاء في تشريعات الاحوال الشخصية

للأجانب ص ١٤٣ .

الحكم في ذاته هو الذي تقوم عليه الاهانة الجسيمة .

م ٢٣٢ : فيما عدا الاحوال المنصوص عليها في المواد : ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٣١^(١) من هذا القانون لا يجوز للقضاة ان يصدروا حكماً بالطلاق بناء على طلب احد الزوجين الا اذا كان مبنياً على تجاوز احدهما حدوده قبل الآخر أو استعماله العنف او اهانتة اياه بشرط ان تكون هذه الافعال بما يعتبر انتهاكاً جسيماً او متكرراً للواجبات والالتزامات الناشئة من الزواج بحيث تجعل بقاء الزوجية امراً لا يمكن تحمله .

وهذه المادة حلت محل المادة ٢٣١ من القانون السابق ونصها : يجوز لأحد الزوجين ان يطلب التطلاق من الآخر اذا تجاوز احدهما حدوده قبل الآخر او اذا استعمل القسوة معه او اهانه اهانة جسيمة .
جاء في هذه المادة ثلاث حالات اعتبرها المشرع الفرنسي من اسباب التطلاق اذا ما توافرت شروطها :

- (١) اذا تجاوز أحد الزوجين حدوده او أخل بالتزاماته .
 - (٢) اذا استعمل أحد الزوجين العنف أو القسوة مع الآخر .
 - (٣) اذا أساء احدهما للآخر إساءة بالغة أو اهانة إهانة جسيمة .
- كما اشترط القانون لتحقيق هذه الوقائع أن تكون على درجة كبيرة من الخطورة بحيث تجعل الحياة الزوجية غير محتملة ولو حدثت مرة واحدة . أما اذا كانت من الامور البسيطة التي لم تبلغ درجة من الخطورة فحدوثها مرة واحدة لا يعتبر سبباً للتطلاق بل لا بد من تكرارها .
- وتقدير ذلك كله الى القاضي فهو ليس من الاسباب الملزمة . ولهذا فقد توسع القضاء الفرنسي في التطبيق العملي خلافاً لما يبدو من رغبة المشرع في حصر حالات الطلاق في الامور التي عددها في المواد ٢٢٩ - ٢٣٢ . لان المادة

(١) المواد ٢٢٩ و ٢٣٠ للتطلاق لزنا الزوج او الزوجة و ٢٣١ التطلاق لادانة بعقوبة جنائية .

الاخيرة ٢٣٢ تنص صراحة على أن القاضي لا يجوز له الحكم بالتطليق في غير هذه الحالات إلا أن القضاء نظراً لنقص التشريع من جهة ومرونة بعض الالفاظ التي جاءت في المادة ٢٣٢ قد توسع الى درجة يمكن القول معها انه لا حصر في اسباب التطليق لدى القضاء الفرنسي بل كل ما رآه القاضي يشكل إخلالاً بالالتزامات الزوجية ويجعل الحياة بين الزوجين غير محتملة فهو سبب يجيز التفريق. وذلك لأن كلمة الاساءة البالغة او الاهانة او الاخلال بالواجبات تشمل معان واسعة لا تقف عند مدلول واحد ولا عند واقعة معينة.

وهذا الاتجاه فقد سد القضاء نقصاً في التشريع الفرنسي في حالات كانت يجب النص عليها كحالة عدم انفاق الزوج على زوجته او حالة اصابة احد الزوجين بمرض معد ينتقل للآخر أو اصابة احدهما بمرض جنسي يحول دون الاتصال بينه وبين زوجه .

وهذه مجموعة من احكام القضاء الفرنسي تلقى ضوءاً على ماذكرناه .

الاهانة :

ان مجرد الاهانة مرة واحدة ولو كانت غير علنية يكفي لان يكون سبباً للطلاق بشرط ان تكون الاهانة جسيمة^(١) .

الاعتداء :

يقصد بتجاوز الحد واعمال العنف التي تبور دعوى الطلاق تلك الاعتداءات الصادرة من زوج على حياة زوجه الآخر التي تعرض حياة الزوج المعتدى عليه للخطر^(٢) .

(١) حكم دائرة الالتماسات ١٢/٣/٩٤٥ دالوز ١٩٤٦ - ٩ مرجع القضاء ص ١٤٢

(٢) حكم محكمة مونيليه ٥/٣/٨٩٥ دالوز ١٨٩٦/٢/١٠١ .

الامتناع عن المعاشرة :

امتناع الزوج بمحض ارادته عدة شهور عن معاشرة زوجته امتناعاً مستمراً يعتبر في حق الزوجة اهانة جسيمة تجيز لها استصدار الحكم بالطلاق ما لم ينتج الزوج في ذلك بوجود موانع طبيعية من جانبه او ان يرجع هذا الامتناع الى مقاومة الزوجة^(١).

الكراهية :

شعور الكراهية وعدم الثقة التي يواجه بها الزوج زوجته يمكن ان تعتبر في حق الزوجة اهانة جسيمة تجيز لها طلب التفريق^(٢).

هجر مسكن الزوجية :

ان هجر الزوج مسكن الزوجية يمكن ان يعتبر اهانة جسيمة . وكذلك الحال اذا رفضت الزوجة العودة الى منزل الزوجية بعد رفض طلب التفريق المقدم منها^(٣).

العجز الجنسي :

كما قضى القضاء الفرنسي بان اخفاء احد الزوجين عيبه الجنسي عن زوجته يعتبر اساءة تبرر طلب الطلاق^(٤).

(١) حكم دائرة الالتباسات ٢٠ نوفمبر ١٩٠٠ .

(٢) حكم دائرة الالتباسات في ٦ اغسطس ١٩٠٧ .

(٣) حكم محكمة دييون في ٢٣ نوفمبر ١٨٩٢ مرجع القضاء ص ١٤٣ .

(٤) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للشرقاوي ص ٢٩١ - ويرى الفقه الفرنسي : ان القضاء اذ يجعل العجز الجنسي سبباً للطلاق يكمل نقصاً في تنظيم المشرع لشروط الزواج . بلانيول دريبيير فقرة ١١٠٣ .

الفرع الثاني

التفريق للضرر في القانون اليوناني

أجاز القانون اليوناني لكل من الزوجين ان يطلب التطليق من القاضي للضرر في حالات اربع^(١) :

(١) الاعتداء على الحياة :

م ١٤٤٠ : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق بسبب اعتداء الزوج الآخر على حياته .

وهذا السبب يكون الزاميا فيما لو صدر حكم جنائي بسبب الشروع في القتل فحينئذ لا تقدير للقاضي بل عليه ان يحكم بالتفريق لان سبب الطلاق وهو الاعتداء قد ثبت بصورة قطعية .

اما مجرد التهديد بالقتل فلا يكفي للقاضي هنا حق تقدير اثر ذلك على الزوج الآخر ويجب ان يكون الاعتداء بارادة تامة ووعي كامل فلو نشأ عن حالة الدفاع الشرعي او كان نتيجة مرض عقلي يفقد الوعي فلا يصلح سبباً للتطليق .

(٢) الهجر المتعمد :

م ١٤٤١ : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق لهجر الزوج الآخر اياه عن عمدة سنتين .

(١) القانون اليوناني الدكتور محمد علي عرفه ص ١٥٣ .

ويشترط لتحقيق هذا السبب شرطان :

(١) الهجر عن عمد وبدون سبب .

(٢) ان يستمر الهجر مدة سنتين .

اما لو كان هجر احد الزوجين للآخر عن سبب كمرض مثلاً او كان الآخر هو المسبب في هذا الهجر فلا يصلح سبباً للتطليق . وكذلك اذا لم يمض على الهجر سنتان فلا يجوز رفع الدعوى قبل مضي سنتين كاملتين .

(٣) تصدع العلاقة الزوجية :

م ١٤٤٢ : يجوز لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق اذا طرأت اسباب جدية ، تعزى لخطأ الآخر ادت الى تصدع الحياة الزوجية بحيث اضعى استمرارها فرق طاقة طالب الطلاق . ولا يكون للمدعي حق الطلاق ، حتى لو كان الخطأ المنوء عنه معزواً الى الزوجين معا ، اذا كان تصدع العلاقة الزوجية فانجماً في الغالب عن خطأه .

هذه المادة تعطى للقاضي الصلاحية في تقدير الامر المشكوم منه ولكن هل يصلح سبباً للطلاق ام لا ؟ .. وعلى كل حال فيجب ان يتوفر للحكم بموجب هذه المادة شرطان :

(١) ان يكون تصدع الحياة الزوجية ناشئاً عن خطأ المدعى عليه . أما المخطيء فلا يجوز ان يطلب التطليق لخطأه .

(٢) ان تصبح الحياة الزوجية بموجب هذه الخطأ فوق ما يطاق اما اذا كان الخطأ مما يكون عادة بين الأزواج فلا يكفي سبباً للتطليق .

وقد توسع القضاء في تطبيق هذه المادة فاعتبر تصدع الحياة الزوجية في الامور الآتية : جهود العاطفة الزوجية ، وعدم التفاهم ، رفض الاتفاق والمعونة ، معاملة الاطفال بقسوة وغلظة ، التعدي الشائن على كرامة الزوج ، افشاء الامرار

العائلية ، السلوك الشائن^(١) .

وقد اصدرت محكمة الاسكندرية الابتدائية^(٢) :

يعتبر كل من الزوجين قد اخطأ في حق صاحبه اذا اثبت ان الزوج كان قاسياً في معاملته لزوجته ، غيوراً عليها الى حد ان يعلق عليها باب المسكن من الخارج في بدء حياتها الزوجية ولا يسمح لها بالخروج حتى لزيارة والديها ، واذا عاقبته في ذلك اعتدى عليها بالضرب والايداء ، أما الزوجة فقد كانت بطبيعتها تميل الى الخروج كثيراً وارتداد الحال العامة دون ان يكون الزوج في صحبتها ...

وازاء ذلك تكون العلاقة الزوجية قد اعتراها تصدع جسيم بخطأ الزوجين الى حد استحالة عودة الحياة الزوجية المشتركة وذلك يصبح كل منها مسؤولاً عن ايقاع الطلاق .

الغيبة :

م ١٤٤٥ : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق اذا اعتبر الآخر في حالة غيبة منقطعة .

ويشترط لتحقيق هذا السبب صدور حكم قضائي بغيبة الزوج فاذا ما ثبتت الغيبة كان على القاضي الحكم بالتنطيق الزاما .

(١) القانون اليوناني للدكتور محمد علي عرفة ص ١٥٧ .

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٥٢ خفاجي ٣١٥ .

الفرع الثالث

التفريق للضرر في القانون الانكليزي

اجاز المشروع الانكليزي لكل من الزوجين ان يطلب التطلق من القاضي لضرر الآخر به في حالات نص عليها في قانون ١٩٥٠ في مادته الاولى^(١).

١ - الهجر :

اذا هجر احد الزوجين زوجه ، بارادته ، وبلا مبرر معقول او موافقة زوجه واستمر ذلك لمدة ٣ سنوات جاز للزوج الاخر ان يطلب التطلق من القاضي .

ويلاحظ انه يشترط للتطبيق بسبب الهجر الشروط التالية :

(١) ان حق طلب التطلق هو خاص بالمتضرر اي المهجور فلا يحق لمن هجر زوجه ان يطلب ذلك .

(٢) ان يكون الهجر بدون سبب اما اذا كان الهجر لسبب كمرض او سفر فلا يعتبر مسوغا لطلب التطلق .

(٣) ان لا يكون الهجر بموافقة الطرف الاخر وعلمه والا اعتبر عامه وموافقته رضا بهجره فلا يصلح حينئذ سببا لطلب التفريق .

(٤) ان يستمر الهجر ثلاث سنوات حتى رفع دعوى التطلق .

(١) مذكرات الدكتور الشرفاوي الدكتوراه ص ٤٧ .

٢ - الفسوة :

اذا عامل احد الزوجين الاخر بقسوة او اساء معاملته اساءة لا تحتمل معها الحياة الزوجية جاز للاخر طلب التطلق .

وهذا من النصوص التي يتوسع القضاء في تطبيقها في كل ما من شأنه ان يجعل الحياة الزوجية غير محتملة الاستمرار او من شأنه ان يجعل الرابط بين الزوجين مهددة بالزوال .

٣ - ارتكاب بعض الجرائم :

اذا ارتكب الرجل جريمة الغصب او الوطء اثناء قيام الزواج ، جاز للزوجة طلب التطلق .

وهذا السبب كما يبدو خاص بالرجل دون المرأة بعكس الاسباب السابقة حيث هي حق مشترك للزوجين .

وهذه الاسباب الثلاثة في القانون الانكليزي ليست اسبابا ملازمة للتطلق بل هي من الاسباب الاختيارية التي تخضع لتقدير القاضي .

♦ . . ♦

الفرع الرابع

التفريق للضرر في القانون الالماني

يجوز لكل من الزوجين ان يطلب التطلق للضرر اذا اصبح استمرار الحياة الزوجية مستحيلا . وقد نص القانون على ذلك في المادتين ٤٣ و ٤٨ ، وقيد هذا الحق بالمادة ٥٠ ، حيث اشترط في قبول دعوى الطلاق ان يسبق ذلك محاولة الصلح بين الزوجين حرصا من المشرع على دوام العلاقة الزوجية فان تعذر الصلح جاز طلب التطلق حينئذ .
جاء في المادة ٤٣ :

الاخلال بالتزامات الزواج :

اذا تسبب احد الزوجين بسيره الشائن او سلوكه الخلل بالاداب في انفصام رباط الزوجية انفصاما بالغا بحيث لا يتصور استمرار المعيشة الزوجية ^(١) .
ويلاحظ في هذا النص ان حق طلب التطلق هو خاص بالمتضرر من الزوجين فقط .

وقد توسع القضاء الالماني في تفسير هذه المادة حتى جعل من الامتناع عن الواجب الزوجي او اهمال تعليم الاولاد ، او القسوة على الاولاد من زواج سابق ، او رفض الانفاق ، او اعتياد السكر ، او مزاوله مهنة تخل بالشرف صورا من الاخلال الخطير بالتزامات الزواج ^(٢) .

(١) الاحوال الشخصية للاجانب ص ٥٨ .

(٢) مذكرات الدكتور الشرفاوي ص ٦٦ .

وجاء في المادة ٤٨ :

المهجر :

إذا افترق الزوجان مدة ثلاث سنوات واصبحت الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار جاز لكل من الزوجين طلب التطلق ولو كان المدعي هو المسبب في هذا الفراق .

وقيد المشرع الألماني تطبيق هذه المادة فيما إذا لم يتضرر الاولاد التصرف من التفريق والا فلا يجوز للقاضي ان يحكم بالتطلق مراعاة لمصلحة الاولاد .

ويبدو لي ان اعطاء القانون حق طلب التطلق للزوج الذي افترق عن زوجه اي الذي تسبب بالمهجر ففارق منزل الزوجية بنا في العدالة ، لان الزوج الذي يهجر زوجته مدة ثلاث سنوات يجب ان يعاقبه القاضي لا ان يستجيب لرغباته ، هذا فضلا عن افساح المجال لكل من اراد ان يطلق زوجته ولا يسمح له القانون بذلك فما عليه إلا ان يهجرها ثم يتقدم بطلب الطلاق فكأن الطلاق اصبح بالارادة المنفردة التي لا يقرها القانون الألماني وان كان الامر في ذلك كله منوط لتقدير القاضي .

• • •

الفرع الخامس

التفريق الجثائي بين الزوجين للضرر في القانون الايطالي

لا يقر القانون الايطالي انحلال الزواج بالطلاق فالزواج رابطة ابدية لا تزول الا بالموت الا انه قد نص على حالات يجوز فيها لاحد الزوجين ان يطلب التفريق الجثائي . اذا ما توفرت شروطها لضرر الاخر به على ان يصدر بذلك حكم قضائي .

هذه الحالات هي :

- ١) مجر احد الزوجين منزل الزوجية عمدا م ١٥١
- ٢) سوء معاملة احد الزوجين للاخر والاضرار به م ١٥١
- ٣) تهديد احد الزوجين الآخر م ١٥١
- ٤) اهانة احد الزوجين الآخر اهانة بالغة م ١٥١
- ٥) صدور حكم جنائي ضد احد الزوجين بسجنه مدة تزيد على خمس سنوات . م ١٥٢
- ٦) تعدي احد الزوجين على الآخر م ١٥٢
- ٧) عدم اتخاذ الزوج لزوجته محل اقامة ثابتة بدون مسوغ او رفضه وضعها في منزل يليق بمثلها على الرغم من قدرته على ذلك . م ١٥٣

الفصل الثالث

التفريق للاعسار بين الزوجين

المبحث الاول

التفريق للاعسار في الشريعة الإسلامية

تمهيد :

ان رابطة الزوجية رابطة مقدسة وهي حياة ابدية تقوم على التعاون والمحبة والمودة بين الزوجين فاذا اعترى هذه الحياة ظرف من الظروف التي لا يملكها الانسان كما اذا اعسر الزوج بالنفقة فما هو موقف الزوجة ؟ .. هل تقف بجانب زوجها تشاطره آلام الفقر كما شاطرته لذة الغنى أم تتخلى عنه وتذهب الى القضاء طالبة فسخ النكاح ؟ ..

ان المرأة الكريمة هي التي تبقى بجانب زوجها في السراء والضراء فالفقر ليس عاراً في شريعة الاسلام ، والمال غاد ورائع فالذي اعسر اليوم بعد يسار قد يغني غدا بعد اعسار ، انما العار كل العار ان يتخلى المرء عن اخيه في وقت هو احوج ما يكون فيه الى الصديق فضلاً عن الزوج .
ولا خلاف بين الفقهاء في أن نفقة الزوجة على زوجها سواء أكانت موسرة

أم فقيرة^(١)، انما الخلاف اذا عسر الزوج بالنفقة ولم ترض الزوجة البقاء معه فهل لها ان تطلب من القاضي الطلاق؟..

• • •

-
- (١) لاخلاف بين الفقهاء على ان نفقة الزوجة واجبة على زوجها سواء أكانت فقيرة او موسرة ، فهي تستحقها جزاء احتباسه اياها عن الزواج وقال الله تعالى : «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وقال صلى الله عليه وسلم : «اتقوا الله في النساء فانكم اخذتوهن بأمانة الله واستحلتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .
- وفي تقدير النفقة ثلاثة اقوال : ١ - تقدر باعتبار حالها يسراً وعسراً .
- ٢ - تقدر باعتبار حال الزوج مع صرف النظر عن حالة الزوجة .
- ٣ - تقدر باعتبار حالهن جميعاً من يسر وعسر . وعليه الفتوى في المذهب الحنفي .

راجع في هذا البحث رسالة قيمة للشيخ احمد ابراهيم في النفقات وتفسير القرطي $\frac{١٨}{١٧٠}$

الروض النضير ٧٥/٤ ، نهاية المحتاج ٢٦١/٦ ، مغني المحتاج ٤٢٦/٣ ، مجمع الانهر ١/٩٨٨ .
كشف القناع ٣٨٦/٥ ، المغني ٧٧/٨ ، مواهب الجليل ١٨٨/٤ شرح الخريشي ٣/٣٣١

الفرع الأول

رأي المذاهب في التفريق للعسار

في هذا الموضوع أربعة مذاهب :

المذهب الاول : مذهب الاحناف وجمهور الزيدية وجمهور الجعفرية
عدم التفريق بين الزوجين للعسار .

المذهب الثاني : مذهب الظاهرية

عدم التفريق للعسار . والزوجة ملزمة بالانفاق من مالها على زوجها ان
كانت غنية .

المذهب الثالث : مذهب ابن القيم

التفريق للعسار في حالتين :

- ١ - في حالة القدرة على الانفاق وامتناع الزوج عن ذلك .
- ٢ - في حالة تغير الزوج بالزوجة انه غني والحال انه فقير .

المذهب الرابع : مذهب الجمهور

التفريق للعسار في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عن الانفاق .

المذهب الاول : عدم التفريق للاعسار

قال به الاحناف وجمهور الزيدية وجمهور الجعفرية .

الاحناف :

قال الاحناف : لا يفرق بين الزوجين اذا اعسر الزوج بالنفقة ، بل تنفق الزوجة من مالها او تستدين ثم ترجع على زوجها بما انفقت حين يساره .
جاء في مجمع الانهر^(١) :

«ولا يفرق القاضي بين الزوجين لعجز الزوج عن النفقة ، ولا بعدم ايفاء الزوج اذا كان غائباً ولو كان موسراً لان العجز عن الانفاق لا يوجب الفراق» .
وقالوا : اذا كان امتناع الزوج عن النفقة وهو قادر عليها ، فالقاضي يجبره على الانفاق ، ولو أدى الامر الى حبسه . أما اذا امتنع عن اعسار فلا يحبس ، ولا يفرق بينه وبين زوجته ، بل يأمرها القاضي أن تستدين وهو دين في ذمة الزوج .

جاء في المبسوط^(٢) : «لأن الحبس انما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون زاجراً له عن الظلم ، وقد ظهر هنا عذره لا ظلمه ، فلا يحبسه ولكن ينظر لها بأن يأمرها بالاستدانة . . . فتراجع عليه بذلك اذا أيسر» .

ولكن المتأخرين من الاحناف رأوا الحرج فيما لو لم تجد الزوجة ما تنفقه كما لو كانت فقيرة مثلاً ولم تجد من يقرضها لتنفق فماذا تفعل . لهذا فقد استحسن بعضهم ان ينصب للقضاء في هذه المسألة قاض من مذهبه التفريق بين الزوجين للاعسار فيفرق بينهما .

(١) مجمع الانهر ١/٩٨

(٢) المبسوط ٥/١٨٧ .

قال ابن عابدين نقلاً عن غور الاذكار^(١) : .. ان مشايخنا استحسنوا ان ينصب القاضي الحنفي نائباً من مذهبه التفريق بينهما اذا كان الزوج حاضراً وأبى عن الطلاق ، لان دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة اذ الظاهر انها لا تجدد من يقرضها وغنى الزوج مآلاً لا أمر متوهم فالتفريق ضروري اذا طلبت .

الزيدية :

وقال الزيدية بعدم التفريق للاعسار وان كان في بعض كتبهم ما يشير الى جواز هذا التفريق .

جاء في التاج المذهب^(٢) : ولا يجوز له فسخ النكاح بينهما عندنا لعدم الانفاق وجاء في المنتزع المختار حالات ثلاث للممتنع عن الانفاق^(٣) :

(١) ان يكون ذلك لامتناعه عن النفقة مضارة مع قدرته عليها . فهذا لا فسخ بينهما . والعلة في ذلك : انه يمكن اجباره على الانفاق .

قال في الانتصار : فان لم يمكن اجباره فسخ على قول من اثبت الفسخ .
(٢) ان يكون غائباً ولا مال له . فهذا لا يفسخ لانه لا يفسخ الا بالاعسار وهذا لم يثبت اعساره بغيبته وجهل حاله .

وقال في الانتصار : يفسخ .

(٣) ان لا ينفق لاعساره : فالمذهب : انه يأمره القاضي بالتكسب فان توانى بينه وبين مدانتها ان تعذر اجباره . فان عجز من غير توان : قيل لا يفرق بينهما .

وقال في الانتصار : اذا أعسر بالنفقة ولم يقدر على الكسب فالمرأة ثلاث خيارات .

(١) حاشية ابن عابدين ٦٧٤/٢ .

(٢) التاج المذهب ٢٨٦/٢ .

(٣) المنتزع المختار ٥٤٢/٢ - ٥٤٤ .

(١) ان تمكنه من الاستمتاع والوطء والنفقة في ذمته .

(٢) ان تمنع نفسها ولا تستحق النفقة .

(٣) او الفسخ وهو المختار . وقواه الامام شرف الدين والامام عز الدين . وهو اختيار السيد محمد بن ابراهيم الوزير والامام القاسم بن محمد والمفتي والشامي ومثله في الغاية عنها . قال وقد بلغ الامام شرف الدين في نصرته مبلغاً عظيماً والامام عز الدين بن الحسن فإنه قرره والزم به حكامه .

ومن الذين احازوا التفريق للاعسار من الزيدية ايضاً صاحب الروضة الندية^(١) يقول : اذا كانت المرأة جائعة او غاربة في الحالة الراهنة فهي في ضرر والله يقول ولا تضاروهن ، وهي ايضاً غير ممسكة بالمعروف والله يقول : فامسك بمعروف او تسريح باحسان بل هي ممسكة ضرراً والله يقول : ولا تمسكوهن ضرراً او النبي عليه السلام يقول : لا ضرر ولا ضرار .

ويقول : ثم من اعظم ما يدل على جواز الفسخ بعدم النفقة ان الله قد شرع الحكامين بين الزوجين عند الشقاق وجعل اليهما الحكم بينهما . ومن اعظم الشقاق ان يكون الخصام بينهما في النفقة ، واذا لم يمكنها رفع الضرر عنها الا بالتفريق كان ذلك اليها . واذا جاز ذلك منها فجوازه من القاضي اولى .

الجعفرية :

لم أجد لدى فقهاء الجعفرية من اجاز التفريق للاعسار بين الزوجين تمسكاً باصالة العقد ولكنني وجدت فتوى لائمتهم المعاصرين بالتفريق ان اصر الزوج على عدم الانفاق .

ومن هؤلاء الشيخ جواد مغنیه حيث افق بالتفريق للاعسار في كتابه الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ونقل فتوى عن السيد ابي الحسن في الوسيلة :

(١) الروضة الندية ٣ / ٥٤ - ٥٥ .

« لو كان الزوج ممتنعاً عن الانفاق مع اليسار ورفعت امرها الى الحاكم
الزمه بالانفاق او الطلاق ، فاذا امتنع ، ولم يمكن الانفاق عليها من ماله
ولا اجباره على الطلاق فالظاهر ان للحاكم ان يطلقها ان ارادت الطلاق .
وهذا افق السيد محسن الحكيم في رسالة « منهاج الصالحين » باب النفقات^(١)

* * *

(١) الزواج والطلاق ص ١٩٢ .

ادلة القائلين بعدم التفريق للاعسار

استدل اصحاب هذا المذهب على عدم التفريق للاعسار ، بما جاء في القرآن الكريم وما ورد بالسنة الكريمة وما روى عن بعض الصحابة والتابعين والقياس .
القرآن الكريم :

قوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفساً الا وسعها » .

وقوله تعالى : « لا يكلف الله نفساً الا وسعها » .

ووجه الاستدلال في هاتين الايتين ان الله لم يكلف المرء فوق طاقته فلم يكلفه النفقة في حال اعساره ، وطالما ترك ما وجب عليه فلاثم عليه ، وبالتالي فلا يكون سبباً للتفريق . اذ كيف يفرق بين شخص وزوجه وهو لم يرتكب اثماً ولا معصية .

وقال تعالى : « وانكحوا الايامى منكم » فهذا ندب الى انكاح الفقير فكيف يجوز ان يكون الفقر سبباً للفرقة وهو مندوب معه الى النكاح^(١) .

السنة الكريمة :

روى مسلم في صحيحه من حديث ابي الزبير عن جابر :
دخل ابو بكر وعمر رضي الله عنهما على رسول الله ﷺ فوجداه جالسا حوله نساؤه واجماً ساكناً فقال ابو بكر يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقلت اليها فوجأت عنقها ، فضحك رسول الله وقال : هن حولي كما ترى يسألني النفقة ، فقام ابو بكر رضي الله عنه الى عائشة رضي الله عنها ينجأ عنقها ، وقام عمر رضي الله عنه الى حفصة ينجأ عنقها كلاهما يقول : تسألن رسول الله

(١) تفسير القرطبي ٣/ ١٥٥ .

ما ليس عنده فقلن والله لا نسأل رسول الله شيئاً ابداً ما ليس عنده ثم اعتزلن رسول الله شهراً^(١) .

ووجه الاستدلال : (١) ان ابا بكر وعمر ضربا ابنتيهما اذ سألا رسول الله النفقة ، وهو لا يجدهما فلو كان الطلب حقاً ومشروعاً لما استنكر الصحابيـان الجليلان ما فعلت ابنتاهما ، ولما أقرهما عليه السلام على ضربهما لان من يطالب بحقه لا يجوز ضربه .

(٢) ثم ان النبي صلى الله عليه وسلم اعتزلهن شهراً فدل على ان الاعتزال عقوبة لمن على ما طلبن به ما ليس عند رسول الله ولو كانت هذا من حقهن لما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وعلى هذا فاذا كانت طلب النفقة في حل الاعسار غير مشروع فكيف تمكن المرأة من طلب الطلاق من القاضي لامر لاحق لها فيه فدل على انه لا يجوز التفريق لاعسار الزوج بالنفقة .

ماروى عن الصحابة والتابعين :

لم ينقل اليـنا ان احداً من الصحابة طلق زوجته او طلبت زوجته الطلاق لاعساره وفيهم الكثير من المعسرين .

وقد روى ابن جريج قال : سألت عطاء عن لا يجد ما يصلح امرأته من النفقة قال ليس لها الا ما وجدت وليس لها ان يطلقها .

روى عن الحسن البصري انه قال في الرجل يعجز عن امرأته قال : تواسيه وتنتقي الله وتصبر وينفق عليها ما استطاع^(٢) .

(١) زاد المعاد ٤/ ١٥٠ .

(٢) المصدر السابق .

القياس على الدين :

ان الله امر صاحب الدين ان ينظر المعسر الى الميسرة . قال تعالى: «وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة»^(١) . وغاية النفقة ان تكون ديناً للزوجة على زوجها فما عليها الا ان تصبر حتى الميسرة .
ووجه الاستدلال ان الدائن وجب عليه امهال مدينة اذا كان معسراً
أفلا يجب على الزوجة امهال زوجها بالنفقة حتى يساره .



(١) سورة البقرة آية ٢٨٠

المذهب الثاني : مذهب الظاهرية

قال الظاهرية لاتفريق للاعسار بين الزوجين فاذا اعسر الزوج فيجب على الزوجة أن تنفق على نفسها فاذا وجدت مالا لزوجها اخذته ولو بدون علمه ، لتنفق على نفسها .

اما اذا كانت غنية وهو معسر فنفقته عليها ، اي ان الزوجة الموصرة تنفق على نفسها وعلى زوجها وليس لها حق الرجوع بما انفقت ما دام معسرا ، انما لها الرجوع بما انفقت عليه في وقت يساره اذ النفقة تسقط عنه حين اعساره الا اذا كان للزوج ولدا ووالد غير فقيرين فنفقته على احدهما .

جاء في المحلى (١) :

فان عجز الزوج عن نفقة نفسه وامراته غنية ، كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك ان ايسر الا اذا كان للحر ولدا ووالد فنفقته على ولده أو والده الا ان يكونا فقيرين .

وبرهان ذلك قوله تعالى :

«وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك» (٢) .

قال علي : الزوج ووارثه فعليها نفقته بنص القرآن ..

(١) المحلى ١٠ / ٩٢ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٣

المذهب الثالث: مذهب ابن القيم

وذهب ابن القيم^(١) خلافاً لمذهب الحنابلة انه لا طريق للاعسار بين الزوجين الا في حالتين :

اولهما اذا كان الزوج قادراً على الانفاق على زوجته ولم ينفق ، ولم تقدر الزوجة أن تأخذ منه نفقتها ، كان لها ان تطلب الفسخ .

والحالة الثانية : انه لو غرَّ الزوج زوجته حين العقد وقال لها انه ثري ثم تبين لها انه فقير معدم فلها في هذه الحالة ان تطلب الفسخ ايضاً .

أما لو كان موسراً ثم اعسر فليس للزوجة ان تطلب الفسخ ، لانه لا يملك المال للانفاق وامتنع . انما مصيبة حلت به فعلى الزوجة ان تصبر مع زوجها والمال غاد ورائح . وكذلك لا تملك الفسخ اذا تزوجته وهي عالة بعسرته . قال ابن القيم في زاد المعاد^(٢) :

والذي تقتضيه اصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة : ان الرجل اذا غرَّ المرأة بانه ذو مال فتزوجته على ذلك فظهر معدماً لاشيء له ، او كان ذا مال وترك الانفاق على امرأته ، ولم تقدر على اخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم ان لها الفسخ .

وان تزوجته عالة بعسرته او كان موسراً ثم اصابته بجاهة أجاحت ماله فلا فسخ لها في ذلك . ولم تزل الناس تصيهم الفاقة بعد اليسار ولم ترفعهم ازواجهم الى الحاكم ليفرقوا بينهم وبينهن .

(١) هو محمد بن ابي بكر الدمشقي ، الاصولي المفسر ، شمس الدين ابو عبد الله بن القيم الجوزية . ولد سنة ٦٩١ ولفقه في المذهب الجنبلي ولازم شيخه ابن تيمية . اشتغل بالفقه والحديث . وقد امتحن واودى أكثر من مرة بسبب جرأته في الحق . له مؤلفات عديدة اهمها : اعلام الموقعين ، اغائة الالفان ، بدائع الفوائد تهذيب مختصر سنن ابي داود . زاد المعاد الطرق الحكمية في السياسة الشرعية .

(٢) زاد المعاد ١٥١/٤ .

المذهب الرابع

وذهب المالكية والحنابلة والشافعية الى ان للزوجة اذا عسر زوجها بالنفقة ولم تصبر فلها ان ترفع امرها للقاضي ، فيأمر زوجها بالانفاق او التطلاق فان أبى طلق عليه او فسخ نكاحها على خلاف في هذه المذاهب .
وهذه المذاهب وان اتفقت من حيث المبدأ الا انها اختلفت في بعض التفاصيل سوف نذكرها بعد ان نبين الادلة التي استند اليها اصحاب هذا المذهب :

اولاً — ادلة المجيزين للتفريق بين الزوجين ليعسر

استدل هؤلاء ايضاً على مذهبهم بالكتاب والسنة وما اثر عن الصحابة والتابعين وبالقياص .

أما الكتاب الكريم :

فقوله تعالى : « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضراً ولا تعتدوا » .

ووجه الاستدلال بالآية الاولى : إن الله امر الأزواج بإمساك زوجاتهم بالمعروف فان تعذر ذلك فما عليهن الا الطلاق بإحسان . فاذا كان الزوج قادراً على الانفاق فما عليه الا ان يتفق على زوجته بالمعروف اما اذا عسر وتعذر عليه الانفاق فالواجب عليه التسريح بإحسان — أي طلاق زوجته — قال القرطبي^(١) : « إن من الامساك بالمعروف ان الزوج اذا لم يجد ما يتفق على

(١) تفسير القرطبي ١٥٥/٣ .

الزوجة أن يطلقها ، فإن لم يفعل خرج عن حدد المعروف فيطلق عليه الحاكم من أجل الضرر واللاحق بها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها ، والجوع لاصبر عليه .
 ووجه الاستدلال بالآية الثانية : أن الله نهى الأزواج عن امساك زوجاتهم للاضرار بهن لأن في هذا الامساك ضرراً ، حيث يعتدي الزوج على زوجته حين يسكها فلا هو يحسن اليها بالانفاق ، ولا هو يتركها لعلها تجد سواه . فالمعسر اذن حينما يسك زوجته دون أن ينفق عليها ودون أن يطلق هو ضار بزوجته معتد عليها ، والقرآن منعه من ذلك فان فعل فللقاضي رفع الظلم اذا ما اشتكت اليه الزوجة وذلك بأن يأمره بطلاقها فان لم يفعل طلقها القاضي .

والسنة الكريمة :

ما رواه ابو هريرة ان رسول الله قال : افضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى و اليد العليا خير من اليد السفلى ، و ابدأ بمن تعول . تقول المرأة اما ان تطعمني واما ان تطلقني . (١) ، وراه الدارقطني .
 ووجه الاستدلال : ان للزوجة حين الاعسار ان تطالب الطلاق او الانفاق .

وما روي عن الصحابة :

ان عمر بن الخطاب كتب الى امراء الاجناد في رجال غابوا عن نساءهم ان يأخذوهم بأن ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ما جسوا . اخرجه الشافعي والبيهقي (٢) .

(١) سبل السلام ٣/٣٠٣ . ونص الحديث في البخاري : افضل الصدقة ما ترك عن غنى واليد العليا خير من اليد السفلى . وابدأ بمن تعول تقول المرأة : أما أن تطعمني واما أن تطلقني . ٨١/٧ طبعة الشعب .

(٢) سبل السلام ٣/٣٠٧ .

وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي الرَّجُلِ لَا يَجِدُ مَا يَنْفِقُ عَلَى أَهْلِهِ
قَالَ : يَفْرَقُ بَيْنَهُمَا .

وبالقياس :

فَقَدْ أَجْمَعَ الْفُقَهَاءُ مَا عَدَا ابْنَ حَزْمٍ عَلَى أَنَّ لِرَّوْجَةَ الْعَيْنِ أَنْ تَطْلُبَ الطَّلَاقَ
مِنَ الْقَاضِي وَذَلِكَ لِتَضَرُّرِهَا ، وَالضَّرُّ لِعَدَمِ الْإِنْفَاقِ أَشَدَّ وَقَعاً مِنَ الضَّرْرِ بِالْعِنَةِ .
جَاءَ فِي الْمَهْذَبِ ^(١) : وَلِأَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ لَهَا الْفَسْخُ بِالْعَجْزِ عَنِ الْوُطْءِ وَالضَّرْرِ
فِيهِ أَقْلٌ ، فَلِأَنَّ يَثْبُتَ بِالْعَجْزِ عَنِ النِّفْقَةِ وَالضَّرْرِ فِيهِ أَكْثَرُ أَوْلى .

. . .

(١) المَهْذَبُ ١٧٥/٢ .

ثانياً - تفصيل مذهب التفريق للاعسار بين الزوجين

سنبحث لدى الشافعية والحنابلة والمالكية التفريق للاعسار بين الزوجين مع بيان اوجه الاختلاف فيما بين هذه المذاهب وذلك على ضوء النقط التالية :

(١) هل يفرق بين الزوجين اذا امتنع الزوج عن الانفاق وهو قادر عليه .

- (٢) متى يجوز للزوجة ان تطلب التفريق لعدم الانفاق .
- (٣) هل هذا الحق يثبت للزوجة على الفور ام على التراخي .
- (٤) ماهو اثر علم الزوجة باعسار زوجها على اسقاط حقها في طلب الفرقة .
- (٥) ماهي النفقة التي اذا اعسر بها حق للزوجة طلب التفريق لاجلها .
- واخيراً نبحث في نقطة سادسة .
- (٦) اثر هذه الفرقة وهل هي فسخ ام طلاق وهل يشترط ان تكون امام القاضي .

. . .

(١) اذا كان الزوج قادراً على الانفاق

مذهب الشافعية :

اذا امتنع الزوج القادر على الانفاق ان ينفق على زوجته ، فللقاضي ان يجبره على ذلك ، ولا يجوز لزوجته ان تطلب التفريق مادام زوجها غنياً ، وعليها ان تأخذ من ماله ولو بدون رضاه ، فان لم تستطع فعلها ان ترفع الامر الى القاضي حيث يجبره على الانفاق .

وكذلك ان كان الزوج غائباً فلا تفريق للاعسار لانه لا يعرف حاله

فقد يكون موسراً فلا يجوز التفريق حينئذ ، وعلى الزوجة ان تنفق على نفسها مادام غائباً وما تنفقه دين في ذمة زوجها .

على ان بعض الشافعية قالوا: لزوجة الغائب حق الفسخ مادام لم يترك لها نفقة . وهذا في رأينا هو الاوجه اذ ما قيمة وجوده وغيبابه اذا لم يكن هناك مال تنفق منه ، فسواء كان موسراً ام فقيراً فالمهم ان يكون لدى الزوجة ما تنفق منه من مال زوجها فان تعذر فيجب ان يكون لها الحق بالفسخ .

جاء في نهاية المحتاج (١) : اما ان كان موسراً وامتنع فلا فسخ . لانها يمكنها ان تأخذ منه جبراً بقوة القضاء . اما ان كان غائباً ولم يثبت عسره فلا فسخ لانه كالحاضر الممتنع .

وقال في المذهب (٢) : ومن اصحابنا من ذكر فيه وجهاً آخر انه يثبت لها الفسخ لان تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرهما بالاعسار .

وكذلك لا يثبت للزوجة حق الفسخ اذا كان زوجها دين على آخر وكان المدين موسراً فلها ان تطالبه بوفاء دينه لتنفق منه . اما ان كان المدين معسراً فلها حق طلب الفسخ لتعذر حصول الدين من معسر .

قال في المذهب (٣) : « وان كان له دين على موسر لم يثبت لها الفسخ وان كان على معسر ثبت لها الفسخ » .

مذهب الحنابلة :

وقال الحنابلة اذا امتنع الزوج الموسر عن الانفاق سواء أكان حاضراً ام غائباً فللزوجة ان تأخذ من ماله لتنفق على نفسها والا

(١) نهاية المحتاج ٦/٦٦٣ .

(٢) المذهب ٢/١٧٥ .

(٣) المصدر السابق .

فالقاضي يجبره ان كان حاضرا او يبيع من عقاراته ان كانت غائبا وذلك
للانفاق على زوجته .

اما ان غاب الزوج ولم يترك نفقة لزوجته ولم يترك شيئا يبيعه القاضي
للفقة كان للزوجة ان تطلب التفريق .

جاء في الانصاف (١) : اذا كان له مال وكان غائبا كان للحاكم ان يبيع ولو
من عقاراته لتنفق على نفسها ، والا كان لها الفسخ . هذا المذهب .

وجاء فيه ايضا : وان غاب ولم يترك لها نفقة ولم تقدر له على مال ولا
الاستدانة عليه فلها الفسخ . هذا المذهب .

مذهب المالكية :

وذهب المالكية الى ان الزوج اذا امتنع عن الانفاق وكان له مال
ظاهر اخذت النفقة من ماله وتباع في ذلك عروضة وما يملكه سواء أكان
حاضرا ام غائبا بعد ان يؤجله القاضي مدة لعله ينفق خلالها .

اما اذا لم يكن له مال ظاهر فان ادعى العسر، منحه القاضي مهلة للانفاق
فان مضت ولم ينفق طلق عليه . اما اذا ادعى القدرة واصر على عدم الانفاق ففي
المذهب قولان : قيل يطلق عليه القاضي .

وقيل يسجن حتى ينفق .

جاء في شرح المواق (٢) : فان غاب عن زوجة ولم يترك لها نفقة وله مال
حاضر فرض لها القاضي نفقتها فيه بعد يمينها انه ماترك لها نفقة ولا ارسل بها
اليها ، ولا اسقطها عنه .

(١) الانصاف ٣٩/٩ ،

(٢) شرح المواق ٢٠١/٤ .

وتباع في ذلك عروضة واملاكه بعد تأجيله في الاملاك .
 وجاء في مواهب الجليل ^(١) : ومن لم يثبت عسره وامتنع عن الاتفاق أو
 الطلاق فتارة يقر بالملاءة وتارة يدعي العسر .
 فان ادعى العسر : تلوم له وان اقر بالملاءة فحكى ابن عرفة في ذلك قوانين :
 احدهما : - انه يعجل عليه للطلاق . والثاني انه يسجن حتى ينفق .
 واذا كان له مال ظاهر اخذت النفقة منه كرها .
 وفي شرح الحرشي ^(٢) : ويبيع عقار الغائب في نفقة زوجته اذا لم يكن له مال
 ولا دين ولا وديعة بعد ثبوت ملكه له بالينة .

الاختلاف بين المذاهب الثلاثة :

يبدو لي ان الشافعية حينما ذهبوا الى انه لا تفريق ان كان الزوج قادرا
 على الاتفاق بل يجبر على ذلك حتى ولو كان غائبا ولم يترك مالا فلا تفريق
 خلافا لمذاهب اليه المالكية والشافعية .
 ان السبب في ذلك هو ان علة التفريق عند الشافعية هو ذات الاعسار .
 فاذا لم يثبت ذلك فلا تفريق . اما عند المالكية والحنابلة فان علة التفريق
 هو الضرر من عدم الاتفاق فسواء كانت موسرا وامتنع عن الاتفاق ام
 كان معسرا ولم ينفق فالنتيجة واحدة والضرر حاصل للزوجة في كلا الامرين
 ولهذا اجازوا التفريق .

(٢) اذا لم يكن للزوج مال

لا خلاف في المذاهب الثلاثة ان الزوج اذا امتنع عن الاتفاق وكان معسرا
 فللزوجة ان تطلب التفريق من القاضي ان لم تصبر على فقره . اما لو انفقت على

(٣) مواهب الجليل ١٩٦/٤ .

(٤) شرح الحرشي ٣/٣٤٠ .

نفسها خلال مدة اعساره فلها ان ترجع بما انفقته على زوجها حين يساره لان نفقة الزوجة على زوجها ، ولو كانت غنية .

جاء في نهاية المحتاج ^(١) : اذا عجز الزوج عن نفقة زوجته ولم يصبر فلها فسخ الزواج بعد ان ترفع الامر الى القاضي ... اما ان صبرت وانفقت على نفسها اصبحت النفقة في ذمة زوجها تأخذه متى ايسر .

وجاء في الانصاف ^(٢) : اذا عجز الرجل عن اقل نفقة خیرت المرأة بين الفسخ وبين المقام معه على النكاح .

وفي فتاوى ابن تيمية ^(٣) : اذا تعذرت النفقة من جهة فلها فسخ النكاح ^(٤) .
وفي الهجة ^(٥) : - ولها الفسخ ان عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية .

. . .

(٣) هل الفسخ فوري أم يخضع للتأجيل :

الشافعية :

قال الشافعية اذا عجز الزوج عن النفقة فان كان سبب ذلك مرض ألم به وكان مرجو الزوال انتظرت الزوجة وصبرت حتى شفائه أما اذا كان المرض طويل الشفاء فلها أن تطلب من القاضي الفرقة .
وفي كل وقت ثبت للزوجة حق طلب الفرقة فلها ان تتقدم الى القاضي .

(١) نهاية المحتاج ٣٦٣/٦ .

(٢) الانصاف ٣٩٠/٩ .

(٣) ابن تيمية : تقي الدين احمد بن عبد الحليم ابن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي . ولد في حران عام ٦٦١ هـ وطلب العلم في دمشق وسافر الى مصر فسجن لفتوى خالف فيها علماء مصر ثم اطلق سراحه فعاد الى دمشق وتوفي فيها سنة ٧٢٢ له مؤلفات كثيرة أشهرها : الفتاوى ، الاختيارات العلمية ، منهاج السنة ، مجموعة رسائل فيها ٢٩ رسالة . راجع الاعلام ١/٤٤ .

(٣) فتاوى ابن تيمية ٩٢/٤ .

(٤) الهجة ٣٩٧/٢ .

وفي وقت الفسخ قولان : قيل يفسخ في الحال بدون تأجيل .
وقيل بل يؤجل القاضي الزوج ثلاثة أيام فإذا لم ينفق فرق بينهما .
جاء في المذهب ^(١) : وان كانت نفقته في عمل فعجز عن العمل بمرض
نظرت فان كان مرضا يرجى زواله في اليومين والثلاثة لم يثبت لها الفسخ ، لانه
يمكنها ان تستقرض ما تنفقه ثم تقضيه . وان كان مرضا بما يطول زمانه ثبت
لها الفسخ لانه يلحقها الضرر لعدم النفقة .
وقال : وفي وقت الفسخ قولان : أحدهما ان لها الفسخ في الحال . والثاني
انه يمهل ثلاثة أيام .

الحنابلة :

وذهب الحنابلة الى ان الزوجة بالخيار في حق الفسخ فان شاءت ان تطلب
ذلك فور اعسار الزوج كان لها ذلك ، وان شاءت التراضي في الطلب فهي بالخيار .
جاء في كشف القناع ^(٢) : وحق الفسخ بالتراضي ان شاءت لانه
كخيار العيب . ولها الفسخ من غير انتظار .

المالكية :

قال المالكية اذا رفعت الزوجة أمرها للقاضي للتفريق لاعسار زوجها فعلى
القاضي امهال الزوج فترة من الزمن لعله ينفق او يتدارك سبل العيش ولا تحديد
لهذه المدة بل تخضع لتقدير القاضي حسب ظروف كل زوج وزوجته .
واذا مرض الزوج خلال مدة الانتظار فعلى القاضي ان يزيد مدة المرض
في المهلة المقررة ان كان المرض يسيرا يرجى بروءه خلال أيام .
قال الدردير ^(٣) : ويزيد في مدة التلوم ان مرض او سجن بعهد

(١) المذهب ١٧٥/٢ .

(٢) كشف القناع ٣٩٠/٥ .

(٣) الدردير علي خليل ٦٠٨/٢ .

اثبات العسر لا في زمن اثباته فيزاد بقدر ما يرجى له شيء . وهذا اذا رجي
برؤه من المرض وخاصة من السجن عن قرب والا طلق عليه .

وجاء في البهجة (١) : « ولما كان الاجل المذكور غير محتم بحيث لا يعدل
عنه بل هو من جملة الاجال التي هي موكولة لاجتهاد الحكماء فيوسعونها على من
يرجى يسره ، ولا يوسعونها على من لا يرجى منه ذلك ، وعلى ما يرونه من حاجة
صبر المرأة وعدم صبرها » .

(٤) الرضا او العلم بالعسار :

قال الشافعية والحنابلة : ان رضا الزوجة او علمها بعسار زوجها لا يسقط
حقها في طلب التفريق لان هذا الحق متجدد في كل يوم وكذلك لو استوط
عليها ان لا نفقة لها عليه فلا يسقط حقها لانه شرط يخالف مقتضى العقد .

جاء في نهاية المحتاج (٢) : « لا يشترط عدم علمها بفقره عند العقد . فإذا
علمت ورضيت به ثم عجز عن الانفاق لا يسقط حقها في الفسخ في النفقة لان
النفقة ضرورية للحياة ورضاها لا يسقط حقها » .

وجاء في الوجيز (٣) : « وقولها رضيت بعساره ابدا وعدلا يجب الوفاء به » .

وفي كشف القناع (٤) : « اذا رضيت بعسرته او تزوجته عالمة به فلا
يسقط حقها ، أو شرط ان لا ينق عليها » .

وحجة الحنابلة والشافعية : ان حق النفقة حق يتجدد في كل يوم فإذا
اسقطت حقها في يوم ما يتجدد هذا الحق في اليوم التالي .

(١) البهجة ٣٩٦/٢ .

(٢) نهاية المحتاج ٢٦٣/٦ .

(٣) الوجيز ١١٥/٢ .

(٤) كشف القناع ٣٩٠/٥ .

أما المالكية فقالوا ان علم الزوجة بفقر زوجها يسقط حقها في طلب التفريق للاعسار لانها رضيت به فلا خيار لها .

جاء في الدسوقي (١) : اذا علمت حين العقد فقره فليس لها الفسخ .
وحجة المالكية : انهم قاسوا اسقاط حق الزوجة في النفقة على اسقاط حقها في طلب الفسخ للعنة فاما ما رضيت واسقطت حقها فلا تفريق حينئذ .

٥ (ما هو مقدار النفقة التي ان اعسر بها الزوج من الزوجة طاب التفريق)

ان المذاهب الثلاثة التي أجازت التفريق للاعسار حددت النفقة بالقوت الضروري الذي لولاه لما استطاعت الزوجة الحياة ، حتى انهم قالوا يكفي الحبز دون الادم فان عجز عن الحبز كان لها طلب التفريق وان كان في كل من المذهبين الحنبلي والمالكي قولا بأنه يعتبر بالنسبة للزوجة الغنية نفقة الاغنياء . كما انهم اتفقوا على انه لا تفريق لنفقة ماضيه .

قال الشافعية في المذهب (٢) : وان اعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ لان ما زاد غير مستحق بالاعسار . وان اعسر بالادم لم يثبت لها الفسخ لان البدن يقوم بالطعام من غير ادم وان اعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ لان البدن لا يقوم بغير الكسوة كما لا يقوم بغير القوت .

وجاء في نهاية المحتاج (٣) : لا فسخ عن النفقة المتجمدة الماضية ، ولكن تثبت في ذمته .

وقال الحنابلة في الانصاف (٤) : وان اعسر بالنفقة الماضية ، او نفقة الموسر او المتوسط او الادم ، او نفقة الخادم فلا فسخ لها . هذا المذهب .

(١) حاشية الدسوقي ٦٠٧/٢ .

(٢) المذهب ١٧٤/٢ .

(٣) نهاية المحتاج ٢٦٠/٦ .

(٤) الانصاف ٣٨٧/٩ .

وقال ابن عقيل في التذكرة : ان كانت ممن جرت عادتها بأكل الطيب وليس الناعم : لزمه ذلك . فان كان معسرا : ملكت الفسوخ اذا عجز عن القيام به .

وقال في الرعاية الكبرى : وان اعتادت الطيب والناعم ، فعجز عنهما : فلها الفسوخ .

وقال المالكية في شرح المواق^(١) : قال ابن القاسم : ان كانت ذات شرف ولم يجد الا قوتها لا يفرق بينهما .

قال مالك : وان لم يجد ما يوارىها الا ثوبا من غليظ الكتان لم يفرق بينهما وان كانت غنية .

وفي شرح الحرشي^(٢) : والزواج اذا كان قادرا على قوت زوجته الكامل من الحُبز مأدوما أو غير مأدوم كان ذلك من قمح او غيره فإنه لا قيام لها بحق الفسوخ ولو كانت ذات قدر وغنى على المشهور وكذا لا قيام لها اذا كان يقدر على ما يستر عورتها ويوارىها من غليظ الكتان او الجلد وكانت غنية .

وقال الدردير^(٣) : ووجد من الكسوة ما يوارى العورة أي جميع بدنها ولو من الخيش او الصوف او دون ما يلبسه فقراء المحل فلا يطلق عليه وان غنيه . وقال الدسوقي تعليقا على هذا النص : هذا على المشهور خلافا لاشهب . اي اذا كانت غنية فقد خالف اشهب وقال لها نفقة الاغنياء .

• • •

(١) المواق ٤/ ١٩٦ .

(٢) شرح الحرشي ٣/ ٣٣٨ .

(٣) الدردير ٢/ ٦٠٨ .

ثالثاً - آثار الفرقة وهل هي فسخ أم طلاق

ذهب الشافعية والحنابلة الى ان الفرقة للاعسار هي فسخ ولا تصح الا لدى الحاكم .

وذهب المالكية الى انها فرقة بطلاق وليست بفسخ والطلاق رجعي وللزوج ان أيسر الرجوع الى زوجته مادامت في العدة .

قال الشافعية في المذهب ^(١) : وان اختارت الفسخ لم يحز الفسخ الا بالحاكم لانه فسخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم .

وقال الحنابلة في الانصاف ^(٢) : ولا يجوز الفسخ في ذلك الا بحكم حاكم . وقال المالكية في شرح الحرشي ^(٣) : كل طلاق اوقعه الحاكم فهو بائن الا طلاق المولي والمعسر بالنفقة ، فلامعسر الرجعة ان وجد في العدة يساراً يقوم بواجب مثلها .

وقال : فان اراد الزوج ان يراجعها فانه لا يمكن من ذلك ، بل ولا يصح الا بعد أن يوجد معه يسار يقوم بواجب مثله لا اقل لان الطلقة التي اوقعها الحاكم كانت لاجل فقره فلا يمكن من الرجعة الا اذا زال موجب الطلقة وهو الاعسار الا ان ترضى لان الحق لها .

ويلاحظ ان النفقة في هذه الحالة يجب ألا نقل عن نفقتها المعتادة في حال يساره لانفقة الاعسار التي نص عليها الفقهاء حين فقره .

(١) المذهب ١٧٥/٢ .

(٢) الانصاف ٣٩١/٩ .

(٣) شرح الحرشي ٣٣٨/٣ .

الفرع الثاني

التفريق للعسار بين الزوجين

في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية

ذهبت معظم قوانين البلاد العربية الى التفريق بين الزوجين اذا ما عسر الزوج وطلبت الزوجة الطلاق من القاضي ، فالقاضي يأمر الزوج بالانفاق أو الطلاق فان أبى طلق عليه والطلاق رجعي يجوز للزوج ان يراجع او أنه اذا اثبت يساره ما دامت في العدة وذلك كله اخذاً من المذهب المالكي .

الا ان القانون اللبناني لم يجز التفريق لعدم الانفاق اخذاً من المذهب الحنفي والقانون العراقي ليس فيه من الوضوح ما يدل على التفريق في حال الاعسار وان كان صريحاً في التفريق لعدم الانفاق وهذا ما ذهب اليه الشافعي .

لبنان :

م ٩٤ : اذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة ، يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتباراً من يوم الطلب .
م ٩٦ : اذا عجز الزوج عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة فالحاكم يقدر النفقة اعتباراً من يوم الطلب على ان تكون ديناً بذمة الزوج ويأذن الزوجة بأن تستدين باسم الزوج .

العراق :

م ٤٥ ف ١ — للزوجة ان ترفع الدعوى بطلب التفريق من زوجها في الحالتين :
١) امتناع الزوج من الانفاق عليها دون عذر مشروع بعد اماله مدة اقصاها ستون يوماً .

٢) تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه او فقده او اختفائه او الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنة .

٢ - يعتبر تفريق القاضي في الحالتين المتقدمتين طلاقاً وجعياً .

تونس :

الفصل ٣٩ : لا يلزم الزوج بالنفقة اذا اعسر الا ان الحاكم يتلوم له بشهرين ، فان عجز بعد اتمامها عن الانفاق طلق عليه زوجته ، واذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق .

الفصل ٤٠ : اذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يتوك لها نفقة ولم يقيم احد بالانفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم اجلا مدة شهر ، على ان يظهر ثم يطلق عليه بعد ثبوت ماسلف وحلف المرأة على ذلك .

ويلاحظ ان القانون التونسي نص صراحة على ان علم المرأة باعسار زوجها يسقط حقها في طلب التفريق للاعسار .

وهذا يوافق ما جاء في المذهب المالكي خلافاً للمذهبين الشافعي والحنبلي .

مصر :

م ٤ : اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر او موسر ، ولكن اصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضي في الحال .

وان ادعى العجز فان لم يثبت طلق عليه حالا وان اثبت امهله مدة لا تزيد على شهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

م ٥ : اذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وان لم يكن له مال ظاهر اعذر اليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له اجلا فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها او لم يحضر للانفاق عليها طلق عليها القاضي بعد مضي الاجل .

فان كان بعيد الغيبة لايسهل الوصول اليه او كان مجهول المحل او كان مجهول المحل او كان مفقودا وثبت انه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي .
وتسري احكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة .
م ٦ : تطليق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعيًا وللزوج ان يراجع زوجته اذا ثبت ايساره واستعد للانفاق في اثناء العدة فان لم يثبت ايساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة .

الاردن :

ونفس المواد التي جاء بها القانون المصري اخذ بها القانون الاردني في مواد ٩٨ - ٩٩ - ١٠٠ .

سورية :

م ١١٠ ف ١) يجوز الزوجة طلب التفريق اذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته ، ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة .
٢) ان اثبت عجزه او كان غائباً امهله القاضي مدة متناسبة لاتتجاوز ثلاثة اشهر فان لم ينفق فرق القاضي بينها .
م ١١١ : تفريق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعيًا وللزوج ان يراجع زوجته في العدة بشرط ان يثبت ايساره ويستعد للانفاق .

المغرب :

وبمثل المواد التي جاء بها القانون السوري نص القانون المغربي في الفصل الثالث والخمسون .

• • •

ملاحظتنا حول مواد التفريق للأعسار :

(١) لم تفرق قوانين البلاد العربية - عدا العراقي منها - بين حالتين كانت يجب التفريق بينهما هي حالة امتناع الزوج عن الانفاق مع قدرته وحال امتناعه عن الإنفاق مع عدم قدرته .

فالزوج القادر على الانفاق اذا لم ينفق على زوجته يجب تعزيره فضلاً عن تطبيق زوجته عليه ان أبى الطلاق .

اما اذا كان الامتناع عن الانفاق للأعسار فالامر في رأيي يختلف عن الحالة الاولى .

(٢) لم تفرق القوانين بين الزوجة الغنية والزوجة الفقيرة وفي رأينا انه يجب التفريق بينهما . فالزوجة اذا كانت غنية تستطيع الانفاق على نفسها وعلى زوجها فهذه يجب ألا يفرق بينها وبين زوجها اذ مناط التفريق يجب ان يكون الضرر ولا ضرر هنا من زوجة غنية تملك الانفاق ولا تنفق .

ومن الطبيعي ان تعتبر الزوجة التي لا مال لها ولها كسب تستطيع الانفاق منه كما لو كانت موظفة مثلاً بحكم الموسرين . فهذه في رأينا يجب أن تنفق على زوجها حرصاً على بقاء الحياة الزوجية ما امكن لذلك سبيلاً، وخاصة وان الفقر موقت قد لا يدوم .

أما ان لم تكن موظفة أو لا كسب لها فليس من المعقول أن نطالبها بالعمل لتنفق على زوجها لان في هذا ارهاقاً فضلاً عن ان عدداً من المذاهب اباح لها طلب التفريق ولو كانت غنية .

فالزوجة الغنية ان كان زوجها ممتنعاً عن الانفاق عن قدرة فهذا كما قلنا يجب ان يفرق بينه وبين زوجته لانه ظالم لا فرق في هذا ان كانت زوجته فقيرة أو غنية .

أما ان كانت الزوجة فقيرة والزوج معسر لا يملك النفقة فهذه يفرق بينها وبين زوجها اذا طلبت ذلك لانها لا تستطيع الحياة بدون نفقة .

٣) لم تحدد القوانين مقدار النفقة التي ان اعسر بها الزوج فرق القاضي بينها اذا طلبت الزوجة ذلك ، وقد رأينا في المذهب المالكي وهو مصدر هذه المواد انها النفقة الضرورية . بل جميع المذاهب التي اجازت التفريق للاعسار حددته النفقة بالضروريات التي لولاها ما قامت الحياة لا نفقة الموسرين .

وكان الاجدر بالقوانين ان تحدد رأيها في الموضوع ليعرف القضاء وجهة المشرع في هذه النقطة هل كما ذهبت المذهب ام انها النفقة المعتادة بين الزوجين .
٤) اعتبرت جميع القوانين التي اجازت التفريق للاعسار الفرقة طلاقاً رجعيّاً وهو فقه حسن وفيه مراعاة لظروف الزوج فقد يوسر وامرأته في العدة فيعود اليها .
وايضاً لم تحدد القوانين النفقة التي ان حصل عليها استطاع الرجوع الى زوجته هل هي نفقة الاعسار ام النفقة المعتادة ؟ ..

والمصدر لهذه المواد يقول انها النفقة المعتادة بين الزوجين اما اذا حصل على نفقة الاعسار ، فلا يحق له الرجوع والرجعة باطلة .

الفرع الثالث

الادعاءات الفضائية

نفقة الزوجة على زوجها ولو كانت غنية
في قرار لمحكمة التمييز السورية^(١) : ان نفقة الزوجة تستوجب على
الزوج ولو كانت غنية غير محتاجة كما قررت أنه اذا تقدمت الزوجة بدعوى
تطلب التفريق للاعسار وردت الدعوى فلا مانع من تجديدهما .
وقررت^(٢) ايضاً : ان رد الدعوى للاعسار لا يمنع تجديدهما .

مقدار النفقة للزوج المعسر :

جاء في حكم لمحكمة ديروط الشرعية^(٣) : ادعاء الزوجة اعسار زوجها وتقدير
ما تطلبه من نفقتها بمثل النفقة على الموسرين تناقض مانع من سماع دعواها لاطلاق
للاعسار اذا كان هناك كفيل بالنفقة .
في حكم لمحكمة سنورس الشرعية^(٤) : لا تطلق الزوجة للاعسار اذا
كان لها كفيل بالنفقة وموسر وله مال ظاهر .

(١) قرار التمييز السورية ١٦/٤/١٩٥٣ وفي قرار آخر في ٣١/٨/١٩٥٤ أن نفقة
الزوجة تترتب على الزوج ولو كانت موثره ولا فرق بين اليسار الاصلي والطارىء .
(٢) التمييز السورية ٩/٩/١٩٥٣ .

(٣) محكمة ديروط الشرعية بمصر ٢٥ محرم ١٣٦٥ في ٣٠ ديسمبر ١٩٤٥ الحاماة الشرعية
س ٣ ع ٦ ص ٥٦٨ .

(٤) محكمة سنورس الشرعية ١٢ رمضان ١٣٥٠ ٢٠ يناير ١٩٣٢ الحاماة الشرعية
س ٣ ع ٦ ص ٥٦٨ .

الزوج الغائب اذا لم يترك نفقة :

في حكم لمحكمة المحلة الكبرى الشرعية^(١) : اذا تعذر الاعذار الى المدعى عليه بالانفاق في الغيبة القريبة حكم القاضي بالتفريق بدون اعذار الحاقا للغيبة القريبة بالغيبة البعيدة .

شروط الرجعة للمطلق للاعسار :

في حكم لمحكمة الفيوم^(٢) : « لا تسمع من الزوج دعوى مراجعة لمطلقة له للاعسار ما دامت حاله لم تتغير الى ايسار » .

ولكننا نرى ان هذا لا يكفي بل لا بد من شرط آخر وهو استعداده للانفاق اذا يساره وحده فيه كاف للرجعة .

كما جاء في حكم لمحكمة شبين القناطر الشرعية^(٣) :

لا تصح الرجعة من طلاق للاعسار الا اذا ايسر الزوج واستعد للانفاق .

القاضي هو الذي يقدر مقدار اليسار :

جاء في حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية^(٤) :

لا يرتفع الضرر بعد ثبوت الاعسار والحكم بالطلاق بعرض نفقة شهر بعد امتناع اشهر وبعد الاعذار بالطلاق والقاضي هو الذي يقدر كفاية اليسار وعدمه وحقيقة الاستعداد للانفاق .

ونلاحظ على هذا الحكم انه اعطى القاضي حق تقدير يسار الزوج واستعداده للانفاق ونحن نرى ان القاضي مقيد في هذا بالمذهب الذي استمد

(١) محكمة المحلة الكبرى الشرعية ٣ صفر ١٣٥٣ ١٦ مايو ١٩٣٤ .

(٢) محكمة الفيوم ٢٩ صفر ١٣٥٣ في ٢١ يونيه ١٩٣٤ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦

ص ٧٩١ .

(٣) محكمة شبين القناطر الشرعية ٨ جمادى الثاني ١٣٥١ ١٨ اكتوبر ١٩٣٢ المحاماة

س ٤ ص ٣٢٨ .

(٤) محكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية ٥ ربيع أول ١٣٥٣ ٢٥ ابريل ١٩٣٩

المحاماة س ١٠ ص ٨٢٤ .

منه الشارع هذا النص وهو ان النفقة في مثل هذه الحالة هي نفقة المومنين لان نفقة
الفقراء فان لم تتوفر فلا تصح الرجعة .

اما اذا اصر على عدم الاتفاق وراجع زوجته فالرجعة باطلة :
جاء في حكم لمحكمة هميا الجزئية الشرعية^(١) : تبطل الرجعة بعد الطلاق
للافسار ما دام الزوج مصرا على الامتناع عن النفقة .

والرجعة صحيحة بشرطها السابقين ما دامت الزوجة في العدة :
في حكم لمحكمة طنطا الشرعية^(٢) : تقع الرجعة صحيحة شرعاً ، بعد
الطلاق للافسار ، اذا كانت في العدة وعرض عليها زوجها نفقتها الحاضرة .

* * *

(١) محكمة هميا الشرعية الجزئية ٩ رمضان ١٣٤٩ ٢٨ يناير ١٩٣١ المحاماة الشرعية

ص ٨٠ س ٣ ع ١ .

(٢) محكمة طنطا الشرعية ١٠ ذي القعدة ١٣٥١ في ٧ مارس ١٩٣٣ المحاماة

الشرعية س ٥٠ ع ٩ .

الفرع الرابع

المواد المقررة للتفريق بين الزوجين للاعسار

- م ١ : اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته وكان له مال ظاهر او دين على موصر نفذ القاضي عليه ما يكفي للانفاق على زوجته .
- اما اذا لم يكن له مال ظاهر وكان قادرا على الانفاق واصر على عدم الانفاق طلق القاضي عليه اذا ابى الطلاق وطلبت الزوجة ذلك .
- م ٢ : اذا كان الزوج معسراً لا يملك الانفاق وطلبت زوجته التفريق فان كانت فقيرة ، ولم تجد من يقرضها على زوجها فرق بينهما .
- اما ان كانت غنية فلا يفرق بينهما بل تجبر على الانفاق على نفسها وعلى زوجها حتى يساره .
- م ٣ : التفريق للاعسار يكون حين يعسر الزوج عن نفقة المعسرين لا النفقة المعتادة الواجبة عليه حين يساره .
- م ٤ : الطلاق للاعسار رجعي .
- م ٥ : تصح مراجعة الزوج مادامت الزوجة في العدة اذا ايسر واستعد للانفاق النفقة المعتادة .

المبحث الثاني

التفريق للعسر لدى اليهود

طائفة الربانيين

يلزم الزوج لدى اليهود بالانفاق على زوجته ، فاذا عسر كانت النفقة ديناً في ذمته . فاذا استدانَت الزوجة من آخر اتفق على نفسها وجب على الزوج وفاء الدين حين اليسار . اما اذا تطوع شخص وانفق على الزوجة بدون اذن الزوج فلا يحق له الرجوع عليه الا اذا كان مديناً له .

وفي حالة عدم وجود من يقرض الزوجة للانفاق او يتطوع ذلك واعسر الزوج عن النفقة الضرورية فيجب على الزوج حينئذ ان يطلق زوجته .

وفي حالة غياب الزوج :

اذا لم يترك الزوج نفقة واستدانَت الزوجة كان ذلك على زوجها ديناً في ذمته .

جاء في المادة ١١٣ : اذا استدانَت الزوجة من اجل النفقة حال غياب زوجها لزمه الدين^(١) .

وفي حالة تطوع آخر بالانفاق :

م ١١٤ : اذا تطوع احد وانفق على الزوجة فلا رجوع له على الزوج بغير ارادته وانما اذا كان المتفق دائماً له وجبت المقاصة^(٢) .

(١) الاحكام الشرعية للاسرائيليين .

(٢) راجع بحث المقاصة في الفقه الاسلامي للدكتور محمد سلام مدكور . وهو من البحوث الهامة في الفقه المقارن .

إذا تركت الزوجة بيتها للشقاق :

م ١١٩ : إذا قام شقاق بين الزوجين وكان الرجل السبب فيه واضطرت المرأة ان تترك بيته واستدانت لتنفق لزمه الدين .
ويبدو من هذه المادة ان الناشئة التي تترك بيتها بدون سبب من الزوج لا نفقة لها .

وكذلك اذا تركت البيت لضرب زوجها :

م ١٢٢ : اذا تركت الزوجة المنزل هرباً من الضرب واططرت ان تستدين لتنفق لزم زوجها الدين .

أما في حالة الاعسار :

م ٢١٥ : اذا اعوز الرجل حتى لم يعد في وسعه القوت الضروري لزمه الطلاق وبقيت حقوق الزوجية ديناً في ذمته .

♦ ♦ ♦

طائفة القرائين

لا خلاف لدى اليهود في التفريق للاعسار ووجوب النفقة على الزوج فقد جاء في شعار الخضر^(١) : للمرأة على الرجل نفقتها وكسوتها . وقال^(٢) : ومحصل الامر وجوب النفقة والكسوة والاحصان والا فالطلاق اذا قصر ما لم تعف .

مقارنة بين الشريعة الإسلامية واليهودية في التفريق للاعسار

تتفق الشريعتان على ان نفقة الزوجة على زوجها في حال يساره حيث ينفق وفي حال إعساره حيث تكون ديناً في ذمته . وكذلك في حال الاستدانة فواجب الوفاء من الزوج اذا اضطرت الزوجة للاستقراض من اجنبي اذا لم تكن الزوجة ناشزة والا فلا نفقة لها . أما نقطة الخلاف فهي جوهرية في رأي هو ان التطليق واجب على الزوج في حال الاعسار لدى الشريعة اليهودية بينما في الشريعة الإسلامية هو حق للزوجة لها ان تطالب به ولها ان تصبر على اعساره ولا يجب على الزوج الطلاق اذا لم تطلبه الزوجة .

(١) شعار الخضر ص ١١١ .

(٢) المصدر السابق ص ١١٣ .

البيان المسلك

الطلاق بحكم الشرع والقانون

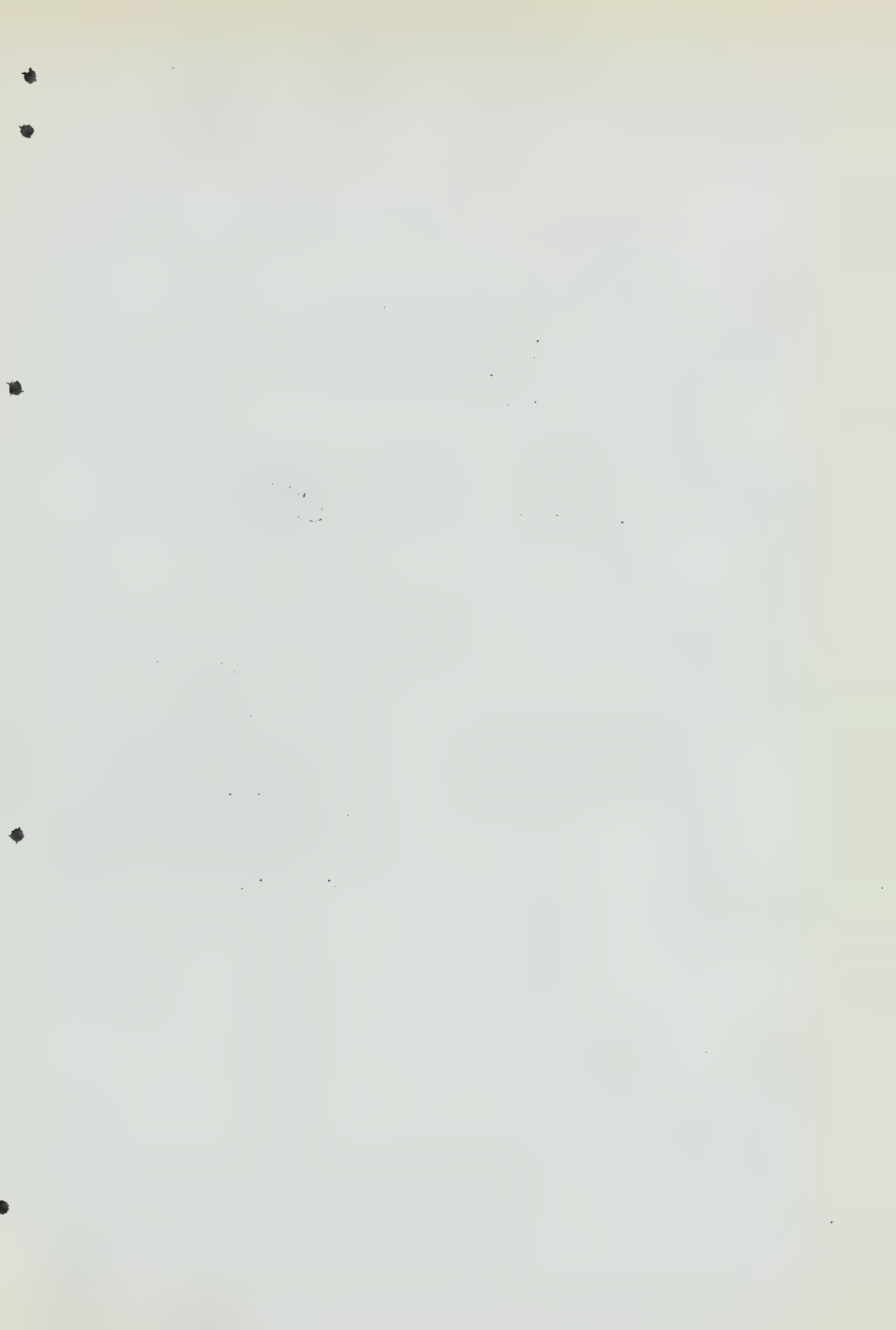
وهو يتضمن :

الفصل الأول : المعان والتفريق للمنا

الفصل الثاني : الظهار

الفصل الثالث : الإيلاء

الفصل الرابع : الفرقة بتغيير الدين



الفصل الأول

اللعان او التفريق للزنا

اجمعت الشرائع والقوانين على استنكار الزنا باعتباره من الجرائم التي تهدد كيان المجتمع وتعمل على تفتيت أواصر وحدته وإن اختلفت في مقدار العقوبة نظراً لاختلافها في تكييف هذه الجريمة وهل هي جريمة عامة تهم المجتمع فيجب عليه أن يعمل لمكافحتها أم هي جريمة خاصة تهم من تضرر منها .

لا خلاف بين الشرائع والقوانين أن جريمة الزنا من أحد الزوجين أشد وقعاً وأكثر أثراً من جريمة غير المتزوج ، ويشارك الإسلام في هذه النظرة من حيث العقوبة فعقوبة الزوج أشد من عقوبة غير المتزوج في شريعة الإسلام .

إلا أن الإسلام يمتاز بنظرته إلى زنا الزوجين على أنها جريمة موجهة للإسرة فحسب بل للمجتمع بكامله . فزنا الزوجين في القوانين الأجنبية هو إخلال بالالتزام الزوجي بدليل أنه لو صفح أحد الزوجين عن جريمة الآخر لما كانت هناك جريمة ، بل إذا وافق الزوج أو الزنا فلا مؤاخذه ولا طلاق . هذه النزعة التي لا تزال في قوانين البلاد الأوروبية كما سنرى حين بحثها يبدو لي أنها نزعة رومانية قديمة حيث كان الرجل يوقع عقوبة الموت على زوجته إذا زنت وخائنه وكان العقاب خاصاً به باعتباره هو المسؤول عن ذلك ثم انتقل حق العقوبة إلى مجلس عائلي يضم أفراد الأسرتين .

أما في الشريعة الإسلامية فسواء رضي الزوج أم سكت فالعقوبة نافذة لأن الجريمة لم ترتكب ضد الزوج وحده وإنما انتهك فيها القانون فوجب العقاب. وسنبعث في هذا الموضوع اللعان في الشريعة الإسلامية وهو ما اذا اتهم الزوج زوجته بالزنا وعجز عن اثبات ذلك وسنقارن هذا البحث مع ما جاء في الشرائع اليهودية والمسيحية ثم نذكر القوانين الأجنبية التي أخذت بالتفريق بين الزوجين لسبب الزنا .

ثم نبين بمقارنة موجزة بين نظام اللعان في الاسلام وبين التفريق للزنا بين الشرائع والقوانين .

• • •

المبحث الاول

اللعان في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

الزنا جريمة تهد كيان المجتمع فتصيبه بالتفكك والانحلال لما ينتج عنه من ضياع الانساب وانتشار الامراض وسوء الاخلاق .

واذا كانت النظرة الى الزنا في المجتمع الذي يحترم كرامة الانسان نظرة ازدراء واحتقار فان هذه النظرة لتكون أشد وقعاً اذا كانت الجريمة من فرد ارتبط مع آخر برباط المحبة والمودة .

وقد جاءت الشرائع والقوانين تحارب هذه الجريمة بعقوبتين عقوبة على من ارتكب جريمة الزنا أياً كان وعقوبة أخرى على الرجل المتزوج لانه خان العهد عهد الوفاء بينه وبين شريكه في الحياة فإذا ارتكب الزوج هذه الجريمة كانت لا بد من عقوبتين عقوبة للدولة باعتبارها تمثل المجتمع الذي انتهكت فيه حرمة وعقوبة للأسرة رعاية وحفظاً لها وهي التفريق بين الزوجين .

فإذا ارتكبت الزوجة جريمة الزنا وعجز الزوج عن اثبات هذه الجريمة وشكا أمرها إلى القاضي ووقع التفريق بينها بعد اجراءات وإيمان كان هذا هو اللعان في الشريعة الاسلامية (١) .

(١) اذا اتهمت الزوجة زوجها بالزنا فان أثبت ذلك حد الزوج حد الزنا وان عجزت فلا لعان بينها لأن اللعان خاص باتهام الزوج زوجته وحينئذ يقام على الزوجة حد القذف . وفي رأينا ان هذا يعد سبباً لطالب التفريق للضرر والشقاق لأن الزوجة التي تتهم زوجها بالزنا يتمذر ان لم نقل يستحيل استمرار الحياة الزوجية بينها .

فالألعان إنما شرع ليكون العقوبة على الزوجة الزانية التي يعجز الزوج عن اثبات جريمتها نظراً لما احاطه الشارع لهذه الجريمة من وسائل الاثبات بصعب تحقيقها .

فالرجل اذا رأى زوجته تزني او شك في سلوكها أو في حمل حملته ظهر له انه من غيره . في هذه الحالات كلها ماذا يفعل؟...

اذا اتهمها بالزنا وصعب عليه الاثبات - وغالباً ما يكون كذلك - وجب عليه حد القذف . وان سكت على زناها لا يجوز لان الله تعالى يقول : والزاني لا ينكح الا الزانية أو مشركة والزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين .

قد يقال ان الرجل يملك الطلاق فأبي حاجة الى اللعان وتفريق القاضي؟.. والجواب على ذلك :

قد يكون ولد يريد نفيه او قد تكون هناك التزامات مالية تترتب على الطلاق اذا كان بارادته المنفردة .

لهذا شرع الله اللعان بين الزوجين .

...

الفرع الأول

تعريف اللعان ومصدر تسميته

تعريفه :

لغة : اللعان لغة مصدر لاعن كقاتل من اللعن وهو الطرد والابعاد .
واصطلاحاً : عرفه صاحب تنوير الابصار بقوله ^(١) : شهادات مؤكدات
بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها .
وجاء في شرح الحرشي ^(٢) : قال ابن عرفة : اللعان : حلف الزوج على زنا
زوجته او نفى حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه .
وفي الروضة البهية ^(٣) : هو المباينة بين الزوجين في ازالة حد او نفى ولد
بلفظ مخصوص عند الحاكم .
وفي مغني المحتاج ^(٤) : اللعان : كلمات معلومة جعلت حجة المضطر الى قذف ،
من لطنخ فراشه والحق العار به ، أو الى نفى ولد .

(١) تنوير الابصار ٤٠٨/١ ، ابن عابدين ٦٠١/٢ ، المبسوط ٢١/٦ ،
والبدائع ١٧٥/٣ .

(٢) شرح الحرشي ٢٦٣/٣ .

(٣) الروضة البهية ١٨١/٢ .

(٤) مغني المحتاج ٣٦٧/٣ .

وعرفه الحنابلة في التنقيح المشيع (١) .
شهادات مؤكدة بايمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام
حد قذف في جانبه ، وحد زنا في جانبها .
ومن التعاريف السابقة نستطيع ان نضع التعريف التالي :

اللعان :

اربع شهادات من الزوجين امام الحاكم مؤكدة بالايان مقرونة : شهادة
الزوج باللعن ، وشهادة الزوجة بالغضب ، قائمة مقام حد القذف في حقه ، ومقام
حد الزنا في حقها .

• • •

(١) التنقيح المشيع ص ٢٤٩ .

مصدر تشريع : القرآن والسنة

القرآن :

جاء في سورة النور : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً واولئك هم الفاسقون . الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم .

والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين . ويدراً عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ^(١) .

هذه الآيات الكريمات بينت لنا عقوبة من يقذف المحصنات عامة ، ثم عقوبة من يقذف من الأزواج زوجته . وهذه العقوبة التي جاء بها القرآن الكريم جلد ثمانين جلدة الا اذا اتى بأربعة شهود ^(٢) وبالنسبة للزوج فقد نزلت آية اللعان ببيان ما يدرأ عن الزوج ذلك وهي أربع شهادات .

السنة :

عن أنس : أن هلال بن أمية قذف شريك بن السمجاء بامرأته فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أنت بأربعة شهداء ، والا فحد في ظهرك قال ذلك مرارا . ولم تكن آية اللعان قد نزلت .

(١) سورة النور الآيات ٤ - ٩ .

(٢) قال الفقهاء ان القاذف اذا لم يأت بأربعة شهداء فعليه ثلاث عقوبات (١) جلد

ثمانين جلدة (٢) بطلان شهادته (٣) الحكم بتفسيقه الى ان يتوب .

فَقَالَ هَلال : والله يا رسول الله ان الله ليعلم اني لصادق ، ولينزلن الله عليك مايريء ظهري من الجلد ، فيبيننا هم كذلك اذ نزلت آية اللعان : والذين يرمون ازواجهم . . فدعا هلالا فشهد اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم دعيت المرأة فشهدت اربع شهادات بالله انها من الصادقين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ثم فرق بينهما ^(١) .

وجاء في صحيح البخاري ^(٢) :

عن سهل بن سعد الساعدي : ان عويمر العجلاني جاء الى عاصم بن عدي الانصاري فقال له يا عاصم أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فتمقتلونه ام كيف يفعل ؟.. سل لي يا عاصم عن ذلك . فسأل عاصم رسول الله عن ذلك فكره رسول الله المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ، فلما رجع عاصم الى اهله جاءه عويمر فقال : يا عاصم ماذا قال لك رسول الله فقال عاصم لعويمر لم تأتني بخير قد كره رسول الله المسألة التي سألته عنها ، فقال عويمر والله لا انتهي حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى جاء رسول الله وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فتمقتلونه ام كيف يفعل ؟.. فقال رسول الله قد انزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فأنت بها . قال سهل : فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله ^(٣) .

وقد اختلف المفسرون والفقهاء فيمن نزلت به آيات اللعان هل هو هلال بن امية أم عويمر العجلاني ، وقد جمع بعضهم بينهما فقال ابن حجر بأن اول من وقع له ذلك هلال وصادف بجيء عويمر أيضاً فنزلت في شأنهما معا في وقت واحد ^(٤) .
وبهذا نستطيع القول بأن حد القذف كما جاء في الآية الكريمة : والذين

(١) نيل الأوطار ٦/٢٦٨ .

(٢) فتح الباري - ط الحناب ٩/٣٧٠ .

(٣) الرسالة للشافعي ص ١٤٨ الام ١١١/٥ .

(٤) فتح الباري ٨/٣٧١ .

يرمون المحصنات . . كان عاماً في كل قاذف . ولما عرضت هذه الحادثة على رسول
الله ووقع السائل في حرج من ذلك حيث سيطبق عليه الحد ، نزلت الآية فكانت
تشريعاً جاء فيه : من يقذف زوجته فحكمه اللعان إذا لم يأت بالشهود ، ومن
يقذف الأجنبية فحكمه كما كان إذا لم يأت بالشهود اقيم عليه الحد .
يقول الجصاص (١) : اقيم اللعان في الزوجات مقام الحد في الاجنبيات .

• • •

(١) احكام القرآن ٣/ ٣٣٢ .

الفرع الثاني

صيغة الامانة وكيفيتها

لاخلاف يذكر بين الفقهاء حول صيغة اللعان لانها وردت في القرآن الكريم وقضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم بين ملأ من صحبه .
قال الاحناف والحنابلة والامامية :

اللعان : ان يشهد الزوج اربع شهادات بالله انه من الصادقين فيما رماها به من الزنا او نفى هذا الولد والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا او نفى هذا الولد .

وتشهد الزوجة اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا او نفى الولد والخامسة ان غضب الله عليها^(١) ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا او نفى الولد^(٢) .

وهذا ماجاء في ظاهر الرواية عند الاحناف^(٣) .

(١) وانما خصت المرأة بلفظ الغضب لعظم الذنب لان الرجل اذا كان كاذباً لم يصل ذنبه الى اكثر من القذف وان كانت هي كاذبة فذنبها اعظم لما فيه من تلويث الفراش واتعرض لاحاق من ليس من الزوج به . ابن حجر في فتح الباري ٣٦٥٩ .

(٢) مجمع الانهر ١/٦٤ ، الانصاف ٩/٢٣٥ الروضة البهية ٢/١٨٢ المختصر النافع ٢٣٥ . المبسوط ٧/٤٣ ، الزيلعي ٣/١٧ .

(٣) يرجع الفضل في تدوين مذهب ابي حنيفة الى الامام محمد بن الحسن الشيباني فقد نقل عن ابي حنيفة رأي المذهب في كتب عديدة تقسم الى قسمين :

الاولى : ما نقلها الثقات عن محمد بن الحسن وتسمى كتب طاهر الرواية وهي ستة : المبسوط الجامع الكبير ، الجامع الصغير ، كتاب السير الصغير ، كتاب السير الكبير والزيادات . =

وجاء في النوادر عن الحسن عن ابي حنيفة انه لا بد ان يقول انه لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا وهي تقول : انت من الكاذبين فيما رميتني به من الزنا لأنه اذا ذكر بلفظ الغائبة (رميتها) ، يمكن فيه شبهة واحتمال .

وقال الزيدية والليث بن سعد^(١) : اللعان : ان يشهد الزوج أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين وتشهد المرأة أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان هو من الكاذبين .

وقال مالك^(٢) : اللعان ان يحلف الزوج أربع شهادات بالله يقول في كل شهادة منها : اشهد بالله اني وأيتها تزني أو ان هذا الحمل ليس مني ثم تشهد الزوجة أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به . ثم الخامسة تقول : ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين .

وما ذهب اليه مالك يخالف ظاهر الكتاب والسنة ففي القرآن والاحاديث السالفة لا يوجد ما يشير الى أنه يشترط ان يقول انه رآها تزني .

اما الشافعية^(٣) : فيشترطون ذكر اسم الزوجة في اللعان .

قال الشافعي : اللعان ان يشهد بالله أربع انه لمن الصادقين فيما رميت به

= وقد جمعت هذه الكتب الستة في كتاب الكافي للحاكم الشهيد ، ثم شرح الكافي في كتاب اسمه المبسوط بثلاثين جزءاً لشمس الدين السرخسي .

الثانية : ما لم ينقلها النفاث عن محمد بن الحسن وتسمى كتب النوادر واهمها : كتاب الكيسانيات والرقيات ، والهقرونيات ، والجرجانيات .

(١) الليث بن سعد بن عبد الرحمن ابو الحارث : امام اهل مصر في عصره حديثاً وفقهاً . اصله من خراسان وولد في عام ٩٤ هـ توفي في القاهرة عام ١٧٥ هـ . قال الشافعي : الليث أدهى مالكة الا أن اصحابه لم يقوموا به .

(٢) الروض النضير ٤/ ١٩١ بداية المجتهد ٢/ ٧٢ .

(٣) نهاية المحتاج ٦/ ١٨٩ .

زوجتي فلانة بنت فلان ويشير اليها ان كانت حاضرة. ثم يعظه الامام ويذكره
بالله ويقول ، اني اخاف ان لم تكن صدقت ان تبوء بلعنة الله ، فان يريد
ان يمضي أمره يضع يده على فيه ويقول :
ان قولك على لعنة الله ان كنت من الكاذبين موجبة لعنة الله ان كنت
من الكاذبين .

وكذلك لاضرورة الى ذكر اسم الزوجة لان الاشارة الى زوجته تغني
عن ذكر اسمها واسم ابيها .

امام الحاكم :

وانفق الفقهاء على انه لا بد في اللعان ان يكون امام الحاكم وذلك لامرين :

(١) قوله عليه السلام لعويمر العجلاني : انت بزوجتك .

(٢) وهل يشترط ان يكون ذلك لينصح الحاكم الزوجين لعل احدهما يرجع
عن رأيه قبل ان يتم اللعان بينهما (١) .

ولا بد ان يطلب احد الزوجين اللعان وقال بذلك الظاهرية فقالوا يجب
على القاضي ان يجمعها ولولم يطلب احدهما ذلك (٢) .

(١) قال ابن القيم في زاد المعاد ٩٨/٤ ، امر النبي صلى الله عليه وسلم ان يأتي بامرأته
فدل على انه لا بد ان يكون بحضرة الحاكم وليس للرعية اقامة ذلك .
(٢) المغلي ١٤٣/١٠ وجاء مثل ذلك في التاج المذهب ٢٦٠/٢ .

الفرع الثالث

شروط وموجب اللعان

اتفق الفقهاء على ان لالعان الا بين زوجين لما بينا ان حكم اللعان شرع للزوجين بدل حكم القذف للاجنبيات .

الاسلام والعدالة :

ولكن الفقهاء اختلفوا في شروط الزوجين هل يشترط فيها الاسلام والعدالة أم لا ؟

قال الاحناف ورواية عن احمد وقول عند الجعفرية وهو قول الثوري والاوزاعي : انه يشترط ان يكون بين زوجين مسلمين^(١) .

قال الجعفرية في الروضة البهية^(٢) : ويشترط ان يكون الملعان كاملاً بالبلوغ والعقل ، ولا تشترط العدالة ولا الحرية ولا الاسلام بل يلاعن ولو كان كافراً وقيل :

لا يلاعن الكافر بناء على انه شهادات وهو ليس من اهلها . وقال الحنابلة في الانصاف^(٣) : يشترط ان يكون بين زوجين عاقلين بالغين سواء كانا مسلمين او ذميين او فاسقين أو كان احدهما كذلك في احدي الروايتين

(١) حاشية ابن عابدين ٦٠١/٢ المبسوط ٤٠/٧ والبدائع ٢٤٠/٣ .

(٢) الروضة البهية ١٨٢/٢ .

(٣) الانصاف ٢٤٢/٩ .

وهو المذهب وعليه جماهير الاصحاب .

والرواية الاخرى : لا يصح الا بين زوجين مكلفين مسلمين اختاره الخرقى وقاله القاضي والشريف وابو الخطاب ونرجسه .

وقال الظاهرية في المحلى^(١) : اللعان بين زوجين مسلمين ام كتابيين سواء كان محدوداً في قذف او زنا او لا .

وقال المالكية في بداية المجتهد^(٢) : ويجوز بين زوجين مسلمين او مسلم وذميه .

اولاً — قال في الروض النضير^(٣) : فيصح من كل زوج يصح طلاقه او يمينه سواء كانا كافرين ام مسلمين او أحدهما مسلماً والآخر كافراً .
وذهب الهادييه : لا يجوز الا من مسلمين .

منشأ الخلاف :

ان منشأ الخلاف بين من اشتراط الاسلام والعدالة وبين من لم يشترط هو الخلاف حول ماهية اللعان هل هو يمين أم شهادة . فالذين اعتبروه شهادة اشتراطوا فيه ما يشترط في الشهادة من شروط كالاحناف ولهذا قالوا فيمن يلاعن يشترط ان يكون من اهل الشهادة وان يكون ممن يجب عليه حد القذف . اما الذين لم يشترطوا الاسلام ولا العدالة فقالوا انه يمين .

وقال بعضهم ان اللعان يجمع بين الوصفين أي اليمين والشهادة والى هذا ذهب ابن القيم في زاد المعاد^(٤) .

(١) المحلى ١٠/١٤٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٧١ .

(٣) الروض النضير ٤/١٩٨ .

(٤) زاد المعاد ٤/٩٣ قال ابن القيم : والصحيح ان اللعان يجمع الوصفين اليمين والشهادة .

ادلة من قال ان اللعان شهادة

قوله تعالى : « والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهود الا انفسهم
فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ...
من هذه الآية نستدل :

١ - انه سبحانه وتعالى استثنى انفسهم من الشهود ، وهذا استثناء متصل
قطعا ولهذا جاء مرفوعا ، فدل على ان اللعان شهادة من كل من الزوجين فيشترط
فيه اذن ما يشترط في الشهادة .

٢ - وقد صرح بأن اللعان شهادة ثم زاد سبحانه هذا بيانا فقال : ويدروا عنها
العذاب ان يشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين .

٣ - وانه جعله بدلا من الشهود وقائما مقامهم عند عدمهم .

• • •

ادلة من قال ان اللعان يمين

القرآن :

قالوا بضح اللعان من كل من يضح يمينه لعموم قوله تعالى : والذين يرمون
ازواجهم^(١)
السنة :

وان النبي صلى الله عليه وسلم سماه ايمانا بقوله لمن لاعنها زوجها ، لولا

(١) زاد المعاد ٤/ ٩٢ .

الايان لكان لي ولها شأن^(١) :

القياس :

وقالوا انه يستوي فيه الذكر والانثى بخلاف الشهادة .

الشهادة تطلق على اليمين :

فلو قال اشهد بالله انعمت يمينه بذلك سواء نوى اليمين أو اطلق^(٢) .

ورود على دليل الاصناف

١ - ان كلمة إلا ههنا صفة بمعنى غير والمعنى : ولم يكن لهم شهداء غير أنفسهم فان كلمة غير وإلا يستعملان في الوصف والاستثناء فيستثنى بغير حملا على الا، ويوصف بإلا حملا على غير .

٢ - ان أنفسهم يجوز ان تكون استثناء منقطعاً على لغة بني تميم فأنهم يبدلون في الانقطاع كما يبدل اهل الحجاز وهم في الاتصال .

٣ - انه استثنى أنفسهم من الشهداء لانه اعتبر وجودهم مكان الشهداء وهذا يؤيد الجمهور في انه اذا امتنعت عن اللعان اقيم عليها حد الرحيم .

اهلية الزوجة

هل يصح اللعان للزوجة الصغيرة او المجنونة :

قال الجنفية^(٣) : اذا كانت كافرة او صغيرة او مجنونة فلا حد لعدم الاحصان ولا لعان لذلك .

(١) اما الاحناف فيردون هذا الحديث برواية من : لولا ما نص من كتاب الله . . وهذا لفظ البخاري .

(٢) العرب تعد ذلك يميناً في لعنتها قال قيس :

واشهد عند الله اني احبها فهذا لها عندي فا عندها لي

(٣) ابن عابدين ٢/٦٠١ .

وجاء في المبسوط^(١) : واذا قذفها وهي صغيرة أو هو صغير فلا حد ولا لعان .

أما الصبي فقوله هذر والصغيرة ليست بمحصنة وكذلك إذا كان أحدهما مجنوناً أو معتوها .

وقال الظاهرية^(٢) : إن كانت صغيرة أو مجنونة حد حد القذف ولا بد ، ولا لعان في ذلك . لأن الصغيرة والمجنونة لا يكون منهما الزنا أصلاً والحد بنص القرآن واجب على كل من رما بالزنا .

وقال الحنابلة^(٣) : إذا قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة عزر ولا لعان بينهما . هذا المذهب .

واشترط الجعفرية^(٤) : أن تكون فوق الثامنة من عمرها كما اشترط الزيدية^(٥) : أن تكون مكلفة والا فلا لعان .

وقال الشافعية^(٦) : إذا قذف زوجته الصغيرة وهي بمن لا يوطأ عزره القاضي تعزيراً ولا يحد .

وقال المالكية^(٧) : إذا كانت صغيرة في سن لا توطأ فيه فلا حد ولا لعان . وإن كانت صغيرة في سن توطأ فيه فإنه يلتمن وحده .

(١) المبسوط ٤٢/٧ .

(٢) المحلى ١٠/١٢٣ .

(٣) الانصاف ٩/٢٤٤ .

(٤) الروضة البهية ٢/٢٦٠ .

(٥) التاج المذهب ٢/٢٦٠ .

(٦) مغني المحتاج ٣/٣٨٢ .

(٧) شرح الخرشي ٣/٢٧٢ .

اللعان قبل المرحول

قال الحنابلة اذا قال لامرأته : زنت قبل ان أنكحك حد ايضاً على الصحيح من المذهب ولم يلاعن^(١) .

وعن احمد : انه يلاعن ايضاً .

وقال المالكية : يجوز ان يقول لها وأيتك ترنين قبل ان تزوجك ، فيجب اللعان^(٢) .

وقال الزيدية : لو اضاف الزنا الى قبل العقد فيجب اللعان^(٣) .

وقال الاحناف : ويشمل زوجته قبل الدخول^(٤) .

وعند الجعفرية يشترط الدخول لانه على ما جاء في تعريفه في الروضة البهية . رمى الزوجة المحصنة المدخول بها بالزنا^(٥) .

* * *

(١) الانصاف ٩/٢٤٤ .

(٢) الحرشي ٣/٢٦٤ .

(٣) التاج المذهب ٢/٢٦٠ .

(٤) ابن عابدين ٢/٦٠١ .

(٥) الروضة البهية ٢/١٨٢ .

الفرع الرابع

إذا ابى أحد الزوجين اللعان

اختلف الفقهاء في حكم نكول أحد الزوجين عن اللعان هل يقام على الناكل منها الحد أو يجبس حتى يلاعن ؟ ...

قال مالك والشافعية والظاهرية والليث بن سعد واحد قولين عند الجهمرية^(١) ورواية احمد : أي الزوجين رفض اللعان اقيم عليه الحد فاذا كان الناكل الزوج اقيم عليه حد القذف ، وان كانت الزوجة اقيم عليها حد الرجم . وقال الاحناف^(٢) واحمد في رواية : انه اذا نكل احد الزوجين عن اللعان يجبس حتى يلاعن .

وقد ايد هذا المذهب من الشافعية ابو المعالي في كتابه البرهان ، ومن المالكية ابن رشد في كتابه بداية المجتهد^(٣) .

قال الاباضية : ومن لاعن ثم رجع حد حد القذف ان كان زوجاً وحد الزنا وهو الرجم هنا ان كان زوجه بأن اقرت بالزنا بعد ان لعنت الزوج .

(٦) الروضة البهية ١٨٤/٢ والمحلى ١٤٣/١٠ ، زاد المعاد ٩٤/٤ .

(٧) قال السرخسي في مبسوطه ٤٤/١ : واذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينها وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد اما اللعان فلأن الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم . وقال ابن أبي ليلى ان انكاره بمنزلة الكذاب بنفسه فيقام عليه الحد ولكن انكاره نفى القذف واكذابه نفسه تقريراً للقذف فكيف يستقيم اقامة انكاره مقامه اكذابه نفسه فلماذا لا يحد .

(٨) بداية المجتهد ٧٢/٢ .

أدلة الجمهور :

(١) اذا نكل الزوج عن اللعان فيجب اقامة حد القذف لأن آية القذف صريحة : والذين يرمون المحصنات ... فهذه عامة بالنسبة لجميع الأزواج وغيرهم فمن قذف محصنة حد حد القذف .

ثم جاءت الآية التالية : والذين يرمون أزواجهم .. فجعلت اللعان بالنسبة للزوج مقام الشهود يسقط عنه الحد . فاذا لم يقم به طبق عليه حكم الآية الاولى وهو حد القذف كما لو قذف اجنبية .

(٢) وأما بالنسبة للزوجة : فاذا نكلت وجب عليها حد الرجم والدليل على ذلك، قوله عليه السلام للمرأة بعد ان لاعنها زوجها : ان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . ففي هذا دلالة واضحة على ان النبي عليه السلام يشير الى ان عذاب الدنيا وهو اقامة الحد في حال عدم لعانها اذا كانت كاذبة لأهون من عذاب الآخرة فكانه يقول لها اذا لم تلاعني اقيم عليك الحد وهذا أهون من عذاب الآخرة .

(٣) ان الله جعل لعان الزوج دارئاً لحد القذف عنه كما جعل لعان الزوجة دارئاً لحد الزنا عنها . فكما ان الزوج اذا لم يلاعن يحد حد القذف فكذلك الزوجة اذا لم تلاعن يجب عليها الحد . وهذا الدليل في رأينا ليس حجة على الآخرين لان الاصل الذي قاس عليه الدليل وهو اقامة الحد على الزوج ليس مساماً به عند الآخرين حتى يصح القياس عليه .

أدلة الاحناف :

١ - اذا نكل الزوج عن اللعان فلا يقام عليه الحد بل يحبس حتى يلاعن لان آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد على الزوج حال نكوله عن اللعان واما الآية السابقة فهي لغير الزوجين فكيف يمكن اقامة حد دون نص والزيادة على النص نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس .

٢ - وأما بالنسبة للزوجة فاذا نكلت حبست حتى تلاعن ولا يمكن اقامة

حد الرجم عليها لان الحدود لا تقام الا ببينة او اقرار وقد قال عليه السلام
« لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث : زنا بعد احصان ، وكفر بعد ايمان
وقتل نفس بغير حق » فهذا يدل على نفي القتل - وهو الرجم - في غير
تلك الحالات .

الرد على الجمهور : رد الاحناف على ادلة الجمهور :

(١) أما عن دليل الجمهور الاول فقالوا : ان آية اللعان صريحة في عدم
وجوب اقامة الحد على من نكل من الزوجين عن اللعان .

(٢) وأما بالنسبة لقوله صلى الله عليه وسلم للملاعنة : ان عذاب الدنيا هون
من عذاب الآخرة فيفهم منه أيضاً الحبس لانه عذاب أيضاً .

(٣) ثم لو كان لعان الرجل في ذاته بينة توجب الحد على المرأة لم تملك
اسقاطه باللعان وتكذيب البينة كما لو شهد عليها اربعة بالزنا . بل لو شهد الزوج
على زوجته مع ثلاثة آخرين فلا تحده هذه الشهادة عند الشافعي فكيف نقيم عليها الحد
بشهادته وحده .

(٤) وان الاثر المترتب على لعان الزوج هو اسقاط الحد على نفسه لا ايجاب
الحد على زوجته .

(٥) واذا شهد الزوج وثلاثة نفر على المرأة بالزنا جازت شهادتهم وامضى
عليها الحد عندنا .

وقال الشافعي : لا تقبل شهادة الزوج على زوجته بالزنا لانه خصم في ذلك
فانه يصير قاذفاً لها مستوجباً للعان ولا شهادة للخصم^(١) . فكيف اذن يجيز
الشافعي اقامة الحد بشهادته وحده ؟ ..

ونحن نرى : ان رأي الجمهور في حال نكول الزوج هو اقوى من رأي
الاحناف لان الحد هو اثر من اثار القذف لا يزيله الا اللعان فاذا لم يلتعن الزوج
فيجب اقامة الحد عليه .

(١) المبسوط ٥٤/٧

لأما في حال تكول الزوجة فإن رأي الاحناف يبدو لي انه الراجح لأن
أقامة الحد وخاصة الرجم بدون بيعة ولا اقرار لا يجوز ، والا فأين الشهود
الاربعة ؟ ... وما ذكره بعض الشافعية من ان شهادات الزوج الاربعة تقوم
مقام الشهود فهو غير مقنع .

• • •

يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد أبو زهره في كتابة الاحوال
الشخصية في بحث اللعان^(١) : « فان امتنعت حبست حتى تخاف او تصدقه ، وان
صدقته اقيم عليها حد الزنا » .

غير اني لم أجد في كتب الاحناف - فيما اطلعت عليه - من ذكر ذلك
الا ما جاء في متن القدوري^(٢) : « فان لاعن وجب عليها اللعان ، فان
امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه فتحد » .

ولكن شراح المتن المذكور ومن جاء بعده من الفقهاء قالوا بخلاف ذلك
وردوا قوله لانه مخالف لما جاء في المذهب .

جاء في الجوهرة^(٣) : وهو شرح على متن القدوري « هذا غلط من
الناسخ لان تصديقها اياه لا يكون ابلغ من اقرارها بالزنا وشم لا تحد بمرة
واحدة فهنا اولى وان صدقته عند الحاكم اربع مرات لا تحد أيضاً لانها لم
تصرح بالزنا والحد لا يجب الا بالتصريح » .

(١) الاحوال الشخصية ص ٤٤٣ اتصلت اثناء كتابة هذا الموضوع باستاذي الجليل ففضل
مشكوراً ببيان وجه رأيه بما اقنني حيث يرجح ما ذهب اليه الجمهور ولكني هنا انقل رأي المذهب
الحنفي .

(٢) القدوري ٧١/٢ وقد جاء في النسخة المطبوعة : فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى
تلاعن او تصدقه فتحد والصواب فتحد فلتصحح .

(٣) الجوهرة ٧١/٢ .

وجاء في فتح القدير^(١) : وفي بعض نسخ القدوري : او تصدقه فتحد ، وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق اربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد .

وفي ملتقى الابحر : فان ابت حبست حتى تلاعن او تصدقه .

وقال في مجمع الانهر تعليقا على ذلك^(٢) : ولم يقل فتحد كما في بعض نسخ القدوري لكونه غلطا لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق . وفي متن الكنز : فان ابت حبست حتى تلاعن او تصدقه .

وقال الزيلعي في شرحه على المتن المذكور^(٣) : وفي بعض نسخ القدوري او تصدقه فتحد وهو غلط ، لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة ، وهو لا يجب بالتصديق اربع مرات ، لان التصديق ليس باقرار قصدا فلا يعتبر في حق وجوب الحد ويعتبر في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد . وجاء في المبسوط^(٤) واذا صدقت المرأة زوجها عند الامام فقالت صدق ولم تقل زني فاعادت ذلك اربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا لان قولها صدق ، كلام محتمل ، وما لم تفصح بالاقرار بالزنا لا يلزمها الحد ، ولكن يبطل اللعان ولا يحد من قذفها لان الظاهر انها صدقته في نسبتها الى الزنا والظاهر يكفي لاسقاط احصائها .

(١) فتح القدير ٢٧١/٣ وجاء فيه ٢٥٠/٣ اذا امتنع عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد .

(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر ٤٦٥/١ .

(٣) تبين الحقائق ١٦/٣ .

(٤) المبسوط ٥٧/٧ .

ونقل ابن عابدين عن الكافي^(١) : واذا صدقت المرأة زوجها عند الأمام فقالت صدق ولم تقل زنت واعادت ذلك اربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا ويبطل اللعان .

وقد يبدو أن الخلاف لفظي وخاصة ما ورد في المبسوط والكافي فقد جاء فيهما انه لو قالت صدق ولم تقل زنت فلا يلزمها احد .

غير اني وجدت ان الاحناف يقولون بأن موجب القذف كان هو الحد ثم انتسخ بعد ذلك باللعان في حق الزوجة^(٢) .

قال الزيلعي وهو يناقش الشافعي^(٣) : ان قذف الرجل امرأته لا يوجب الحد عند اجتماع شرائط اللعان .

ثم قال : وما ذكره الشافعي منسوخ في حق الزوجين بأية اللعان ولو كان موجبا لما سقط بشهادته او يمينه لان الحقوق لا تسقط به .

وجاء في البدائع^(٤) : وأما أية القذف فقد قيل ان موجب القذف في الابتداء كان هو الحق في الاجنبيات والزوجات جميعاً ثم نسخ في الزوجات وجعل موجب قذفهن اللعان بأية اللعان .

وقال : على ان موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول اية اللعان ثم نسخ في الزوجات بأية اللعان فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره . هكذا هو مذهب عامة مشايخنا^(٥) .

• • •

(١) ابن عابدين ٦٠٣/٢ .

(٢) المبسوط ٣٩/٧ .

(٣) تبين الحقائق ١٦/٣ .

(٤) البدائع ٢٣٨/٣ .

(٥) اصول الفقه للدكتور الدواليبي ص ١٢٠ .

الفرع الخامس

آثار اللعان

متى تم اللعان بين الزوجين ترتب عليه اثره فما هو هذا الأثر؟ ..

آثار اللعان :

- ١ (الفرقة بين الزوجين .
- ٢ (التحريم المؤبد او المؤقت .

١ — الفرقة بين الزوجين :

سنبحث هذا الموضوع في نقطتين :

- ١ (هل تقع الفرقة بمجرد باللعان .
- ٢ (وهل الفرقة فسخ أم طلاق .

اختلف الفقهاء في الفرقة التي تتم باللعان هل تحتاج فيه الى قضاء القاضي ام انها تتم بمجرد التلاعن بين الزوجين ام تقع بمجرد انتهاء لعان الزوج على اقوال :

١ — ذهب الاحناف^(١) والجعفرية وروايه عن احمد اختارها الحنفي^(٢) والزيدية :

(٣) جاء في الجوهرة: وقبل ان يفرق الحاكم لا تقع الفرقة والزوجية قائمة ويقع طلاق الزوج عليها وظهاره وإبلاؤه ٧١/٥ .

(٤) احكام القرآن للجصاص ٣٣١/٣ فتح القدير ٢٥٣/٣ التاج المذهب ٢٦٧/٢ الروض النضير ١٩٤/٤ .

- ان الفرقة بين الزوجين تقع بحكم الحاكم بعد الانتهاء من اللعان (١) .
- ٢ - وقال مالك وزفر (٢) والليث والظاهرية والحنابلة (٣) : ان الفرقة بين الزوجين تقع بينهما بانتهاء اللعان بينهما ولا حاجة لتفريق الحاكم .
- ٣ - وقال الشافعي (٤) : وقد انفرد بهذا الرأي : اذا انتهى الزوج من لعانه وقعت الفرقة وحرمت عليه زوجته ولو لم تاتعن . وهناك قولان انفرد بهما اصحابهما :
- ٤ - وأي عثمان البتي وقال به ايضاً جابر بن زيد البصري احد اصحاب ابن عباس من فقهاء التابعين وطائفة من فقهاء البصرة ! ان الملاعة لا يترتب عليها وقوع الفرقة بل لا بد من طلاق الرجل .
- وحجة اصحاب هذا الرأي : ان عويمر العجلاني طلق امرأته بعد اللعان ولم ينكر عليه رسول الله هذا الفعل فكان دليلاً على ان الفرقة بين المتلاعنين وقعت بالطلاق لا بشئ آخر .
- ٥ - وقول لابي عبيد نقله ابن حنبل في فتح الباري وابن القيم في زاد المعاد (٥) : ان الفرقة بين الزوجين تقع بنفس القذف ولو لم يقع اللعان .

(١) وقال في مجمع الانهر ١/٤٦٥ ويحرم وطؤها بعد اللعان قبل التفريق .

(٢) وقال زفر : تقع الفرقة بلعانها لقوله عليه الصلاة والسلام : المتلاعنان لا يجتمعان ابداً ٣/١٨ .

(٣) بداية المجتهد ٢/٧٣ المحلي ١٠/١٤٤ الانصاف ٩/٢٥٠ تنقل اكثر الكتب على ان مذهب احمد هو كذهب الاحناف من ان الفرقة بين الزوجين لا تقع بمجرد اللعان بل لا بد من تفريق الحاكم ولكنني حققت في هذه المسألة فوجدت الامر على خلاف ذلك وان مذهب احمد هو كذهب الشافعي من ان الفرقة تقع بمجرد اللعان . وهذا ما جزم به في الوجيز وغيره وقدمه في المحرر والنظم والراعيين والحاوي الصغير والفروع وغيرهم واختاره ابوبكر وغيره . وقال في الانصاف : هذا المذهب . وعن احمد : رواية اخرى : هي ظاهر كلام الحرقي واختارها القاضي وابو الخطاب انه لا بد من تفريق الحاكم .

(٤) مفتي المحتاج ٣/٣٧٤ ، الوجيز للقراني ٢/٥٥ .

(٥) زاد المعاد ٤/١٠٢ .

سنتناول بالدراسة اهم هذه الآراء مبينين الادلة وحجج كل فريق وما استنبطه من القرآن والسنة :

أدلة القائلين بأن الفرقة لا تقع بمجرد اللعان بل لابد من تفريق القاضي حديث عويمر العجلاني :

(١) اذا رجعنا الى نص الحديث المذكور نرى انه بعد أن تم اللعان بين الزوجين قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فهي طالق ثلاثا . وكان هذا قبل ان يفرق النبي بينهما .

وجه الاستدلال : ان قول عويمر : كذبت عليها ان امسكتها ، دليل على انها زوجته بعد اللعان والا فلا يصح أن يمسك اجنبية لو تمت الفرقة بتمام اللعان ، ثم ان هذا كان في حضرة النبي الكريم ولم ينكره فكان هذا إقرارا من النبي على ما فعله عويمر وانه حين طلق انما كانت زوجته .

فثبت بهذا امران :

(١) ان الفرقة لم تقع باللعان .

(٢) اقرار النبي لعويمر بالطلاق . ليل على ان الزوجة بعد اللعان محل للطلاق .

وفي رأينا ان هذا الدليل الذي ذكره الاحناف ليس نصا في موضع النزاع بل يؤيد شطراً من النزاع وهو ان الفرقة لا تتم بمجرد اللعان ولكن ليس فيه اي اشارة الى انه يقع بتفريق القاضي .

ولكن هناك روايات اخرى تنص صراحة على ان النبي عليه السلام فرق بينهما .

قال ابن شهاب : « مضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما » .

وفي حديث ابن عمر ما يدل على ذلك اذ جاء فيه : ثم فرق بينهما .
فهذه الروايات تدل على ان التفريق كان بأمر الرسول عليه السلام خاصة
وأنه لم يخبر الصحابة ومن حضر اللعان ان الفرقة بين الزوجين تتم بمجرد اللعان
فدل على انه لا فرقة بتمام اللعان ما لم يفرق الحاكم بينهما .
(٢) وقالوا ان الفرقة بين الزوجين تقع بالفاظ الطلاق الصريحة او الفاظ
الكنايات التي تدل عليها ، وان لفظ اللعان ليس واحدا منها حتى تقع به الفرقة ،
بدليل انه لو كذب الزوج نفسه واقام عليه الحد لا يفرق بينه وبين زوجته .

رد على الشافعي :

وقال الشافعي ان الفرقة تتم بين الزوجين اذا ماتم الزوج لعانه قبل ان
تلاعن الزوجة . وحجته : ان لفظ اللعان كالطلاق فكما ان لفظ الطلاق لا يتوقف
على غير كلام الزوج فكذلك اللعان .

(٣) ان اللعان لا يكون الا بين زوجين فاذا تمت الفرقة بلعان الرجل كما
ذهب اليه الشافعي وبانت الزوجة فأني لعان يتم من اجنبية ؟ .. فانه من المتفق
عليه ان الزوج لو قذف زوجته ثم ابانها فانه لا يلاعن لانه لم يعد زوجا حتى
يلاعن زوجته ؟ .. فكيف اذن تلاعن زوجة اصبحت اجنبية عن زوجها حيث
تمت الفرقة بينهما بمجرد لعانه وتامه (١) .

ان الشرع ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان
الزوج وحده .

(١) القذف بالزنا : حد القذف ثمانون جلدة لقوله تعالى : والذين يرمون المحصنات ثم لم
يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة .
ثم قاس الفقهاء على ذلك رمي المحصنين من الرجال فكل من اتهم محصناً او محصنة بالزنا
وعجز عن إثبات ذلك اقيم عليه حد القذف .

وان النبي فرق بين المتلاعنين بعد لعانها فالقول بوقوع الفرقة قبله مخالف
عن قول السنة وفعل النبي (١).

الرد على الاحناف :

(١) حديث عويمر العجلاني : ليس فيه دلالة على ماذهب اليه الاحناف اذ
ان عويمرا طلق زوجته ثلاثا ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ، والتفريق هنا
لم يكن للعان بل للطلاق الثلاث حيث بانّت زوجته ففرق بينهما .
(٢) واما الفرقة بين الزوجين لا تقع الا بلفظ يدل على الطلاق صريحاً أو
كناية . فينقض هذا الدليل ان كثيراً من انواع الفرق تقع بغير ذلك والامثلة
كثيرة كالفرقة بالردة وبالرضاع . فان الفرقة تقع بكل منهما مع أنه لا يوجد
فيها لفظ الطلاق .

• • •

(١) زاد المعاد ٤/ ١٠٣ .

ادلة القائلين بأن الفرقة تقع باللعان ولا تحتاج الى المحاكم

(١) استدلو بحديث ابن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين :
حسابكما على الله ، احكما كاذب لاسبيل لك عليها ، قال يا رسول الله مالي . قال :
لامال لك ان كنت اصدقت عليها ، فهو بما استحلت من فرجها ، وان
كنت كذبت عليها فذلك ابعد لك منها ... متفق عليه .

وجه الاستدلال بهذا الحديث قوله صلى الله عليه وسلم لاسبيل لك عليها
بعد اتمام اللعان بينهما فدل بذلك على ان الفرقة وقعت بمجرد لعانها .

وما جاء من روايات اخرى من أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين
المتلاعنين فيجب ان تحمل على هذا وانه عليه السلام فرق بينهما لان الفرقة وقعت
باللعان فهو مخبر عن الحكم الذي تقرر باللعان نفسه .

٢ - ماورد عن علي قال : مضت السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعا ابدا ،
رواه الدارقطني .

(٣) عن علي وابن مسعود قال : مضت السنة ان لا يجتمع المتلاعنان .
رواه الدارقطني .

هذان الخبران يفيدان صراحة بعدم جواز اجتماع المتلاعنين بعد تلاعنهما فاذا
لم تقع الفرقة باللعان وانتظر حتى يفرق الحاكم بينهما كانت هناك فترة اجتمع فيها
المتلاعنان وهذا لا يصح فلم يكن بد من أن نقول ان الفرقة تمت بلعانها .

• • •

وقد ردوا على هذه الروايات بروايات أخرى :

(١) عن سهل بن سعد في المتلاعنين : ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لا يجتمعان أبدا ، رواه أبو داود .

(٢) وعن ابن عباس : ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان أبدا ، رواه الدارقطني .

يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ حسن مأمون بالتوفيق بين هذه الروايات^(١) . هذه الاحاديث تفيد ان تفريق الرسول حصل قبل اخباره بأن المتلاعنين لا يجتمعان أبدا ، فأفاد ذلك ان عدم الاجتماع ناشئ عن تفريق الرسول وليس ناشئاً عن حصول الفرقة باللعان ، ويكون معنى قول علي وقول ابن مسعود ان المتلاعنين لا يجتمعان انها لا يجتمعان مادامتا على حال التلاعن بعد التفريق ، وبذلك يجمع بين النصوص كلها ولا يكون بعضها دالا على حكم يخالف ما يفيد غيرهما ، وتكون هذه الروايات كلها متفقة مع الاحاديث التي تدل على بقاء النكاح بعد اللعان وقبل تفريق الحاكم^(٢) .

وهذا يتفق مع ما ورد في الكتاب والسنة من أن اللعان شهادات من الزوجين فأشبهت الشهادة بالحقوق امام الحاكم التي لا يثبت حكمها الا عند الحاكم وبحكمه ، فلا تثبت الفرقة باللعان ، بل تثبت بحكم الحاكم بالتفريق بين المتلاعنين . (٣) وردوا على الدليل الثالث : بأن ردة الزوجة لا توجب الفرقة حالا بل لابد من انتظار العدة حتى اذا ماضى ثلاث حيض بانث الزوجة ووقعت الفرقة فكذاك الفرقة باللعان فيها وان كانا لا يقران على بقاء النكاح الا ان الفرقة لا تقع الا بعد تفريق القاضي .

(١) فقه القرآن والسنة ص ١٦٣ .

(٢) جاء في المبسوط : ولو فرغا من اللعان فلم يفرق بينها حتى مات احدهما توارثا .

٤٨/٧ وراجع ايضاً الزيلعي ١٧/٣ .

ادلة القائلين بان اللعان لا يوجب التفريق

هذا هو ما ذهب اليه عثمان البتي وهو رأي ضعيف لم أر من تابعه فيه فيما أطلعت عليه الا ما ذكره ابن حجر عن جابر بن زيد البصري انه تابع عثمان بذلك .
وادلة هذا الرأي :

١ - ان اللعان ليس من الفاظ الطلاق لا الصريح منها ولا الكناية ولو كان كذلك لوقعت به الفرقة متى تم سواء كان امام الحاكم ام كان عند غيره ، لافرق في الحالين بيئنا نجدهم يقولون انه لا تقع الفرقة الا امام القاضي .
ووجهة هذا الدليل قياس اللعان امام الحاكم على اللعان عند غير الحاكم فبما ان الثاني لا يقع به فرقه فكذلك يجب الا تقع الفرقة بالاول .

٢ - واما ما اورده الجمهور من ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين فالسبب في ذلك ليس اللعان وانما هو الطلاق الثلاث فالتفريق هنا للبينونة بالطلاق لا للفرقة باللعان .

ويرد على هذا الرأي ما جاء في روايات ذكرنا اهمها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين ومضت السنة في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدأ ، وفي حديث ابن عباس في هلال بن امية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما .

...

(٢) هل الفرقة باللعان فسخ أم طلاق؟..

ذكرنا رأى الفقهاء في الفرقة التي تتم باللعان وهل تتم بمجرد اللعان أم بقضاء القاضي . والآن سنشير الى نوع هذه الفرقة هل هي فسخ أم طلاق!... ذهب مالك والشافعية والظاهرية والزيدية والحنابلة الى ان الفرقة باللعان فسخ للنكاح وليست طلاقاً^(١) .

وقال بهذا الرأي ايضاً من الاحناف : ابو يوسف والحسن بن زياد . وحجتهم ان هذه الفرقة تقتضي تحريماً مؤبداً فكانت فسخاً كفرقه الرضاع . اما ابو حنيفة فقد ذهب الى انها طلاق بائن قياساً على فرقة العنين لدى الحاكم وانها فرقة من جانب الرجل فهي طلاق^(٢) . وقد ذكر صاحب الروض النضير وهو من ائمة الزيدية حجة المذهب باعتبار الفرقة فسخاً عدة اسباب :

- (١) ان اللعان ليس صريحاً في الطلاق ولا نوى الزوج به الطلاق حتى يقع .
- (٢) ثم لو كان طلاقاً لوقع بمجرد لعان الزوج ولم يتوقف على لعان المرأة .
- (٣) لو كان طلاقاً فهو طلاق من مدخول بها بغير عوض لم ينوبه الثلاث فيكون رجعيًا .
- (٤) ان الطلاق بيد الزوج ان شاء طلق وان شاء امسك وهنا الفسخ حاصل بحكم الشرع .
- (٥) واستدلوا ايضاً بما رواه ابن عباس في المتلاعنين : انها يفترقان بغير طلاق^(٣) .

(١) بداية المجتهد ٧٣/٢ التاج المذهب ٢٦٣/٢ المحلى ١٤٣/١٠ الخرشي ٢٧٥/٣ وزاد المعاد ١٠٣/٣ .

(٢) فتح القدير ٢٥٥/٣ .

(٣) الروض النضير ١٩٦/٢ .

٢ — التحريم المؤبد أو المؤقت

إذا تمت الفرقة باللعان سواء بحكم الحاكم أم بتمام اللعان فهل التحريم بين الزوجين يصبح تحريماً مؤبداً بحيث لا يجوز للزوجين المتلاعنين ان يعودا الى بعضهما بعقد جديد؟ ...

ام ان الفرقة بينها مؤقتة مرعان ما تعود الزوجية اذا رغبا بالعودة فكذب الزوج نفسه واقم عليه الحد؟ ..

انقسم الفقهاء الى رأيين فمنهم من قال ان التحريم باللعان تحريم مؤبد كالتحريم بالرضاع ومنهم من قال انه تحريم مؤقت كسائر أنواع الفرق التي تتم بحكم القضاء.

من قال بالتحريم المؤبد :

الجمهور على ان الفرقة باللعان فرقة مؤبدة وذلك ان الحياة الزوجية مبناها المحبة والثقة وأي ثقة يتبادلها زوجان تم اللعان بينهما امام جماهير الناس^(١) قال في الروض النضير: « ان الحكمة تقتضي تأييد التحريم ، فان النفرة الحاصلة من اساءة كل واحد منها الى صاحبه لا تزول ابدا لان الرجل ان كان صادقا عليها فقد اشاع فاحشتها وفضحها على رؤوس الاشهاد وان كانت كاذبا فقد اضاف الى ذلك تهمتها بهذه الفرية العظيمة^(٢) .

والى هذا ذهب الجعفرية والزيدية والشافعية والحنابلة^(٣) والظاهرية

(١) جاء في المذهب ١٣٥/٢ ويستحب ان يكون اللعان امام جماعة .

(٢) الروض النضير ١٩٦/٢ .

(٣) المذهب عند الحنابلة ان الفرقة باللعان فرقة مؤبدة هذا ما جزم به في الوجيز وقدمه في المحرر والنظم والرايعتين والحاوي الصغير والفروع .

وهناك رواية اخرى انه لا تحرم اذا كذب نفسه . وقد حاول صاحب الانصاف التوفيق بين المذهب والرواية الثانية فقال : ينبغي ان تحمل هذه الرواية على ما اذا لم يفرق الحاكم بينها فاما ان فرق بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله . الانصاف ١٢١/٨ .

والمالكية والاباضية^(١). ومن الأحناف : أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد^(٢).
وهو مذهب عمرو علي وعبد الله بن مسعود .

حجة القائلين بالتحريم المؤبد :

ماروى عن الزهري في قصة المتلاعنين : ففرق رسول الله بينهما . وقال
لا يجتمعان ابدا . وعن عمر بن الخطاب : يفرق بينهما ولا يجتمعان ابدا^(٣) .
وقال سعيد بن جبير ان اكذب نفسه ردت اليه ما دامت في العدة .

وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :
« المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابدا . الروايات التي جاء فيها : فمضت سنة
المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا .

ورواية ابن عمر : ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا سبيل لك عليها .
وفي البيهقي من حديث سعيد بن جبير عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال : المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابدا .
فهذه النصوص تفيد انها حرمت عليه حرمة مؤبدة .
وقد رد على هذا الدليل بأن قول ابن شهاب : فمضت سنة المتلاعنين ...

(١) الروضة البهية ١٨٤/٢ حيث جاء فيها : والتحريم مؤبد ولو كذب نفسه . المختصر
النافع ٢٣٥ الروض النضير ١٩٦/٤ نهاية المحتاج ١٩٣/٦ المحلى ١٤٤/١ - بداية المجتهد ٧٣/٢ ،
الحرشي ٢٧٥/٣ شرح النيل ٥٤٥/٣ .
(٢) مجمع الانهر ٤٦٤/١ .

(٣) زاد المعاد ١٠٤/٤ أما ابن القيم فقد قال في زاد المعاد بعد ان ذكر هذه الرواية
اشارة الى قوله عليه السلام المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابدا . الرواية مطلقة ولا اثر لتفريق
الحاكم في دوام التحريم فإن الفرقة الواقعة بنفس اللعان اقوى من الفرقة الحاصلة بتفريق الحاكم
زاد المعاد ١٠٠/٤ وفي رأبي ان منشأ الخلاف : ان من اجاز التكذيب ولم يميز هو الخلاف
حول وقوع الفرقة بمجرد اللعان ام بتفريق الحاكم .

ليس فيه ما يدل على أن السنة هي سنة النبي صلى الله عليه وسلم فقد تكوّن
وقد لا تكون ، وإذا وجد الاحتمال سقط الاستدلال .

وأما قوله : لا سبيل له عليها فهو بمثابة اخبار عن الفرقة التي تمت بينهما إذ
انها حرمت عليه والحرمة سواء كانت مؤقتة أم لا يصدق القول فيها انه لا سبيل
له عليها ، ويكون معنى قوله عليه السلام : لا سبيل لك عليها ما لم تتزوجها من
جديد وبمقد جديد .

♦ ♦ ♦

من قال بالتحريم الموقت

قال ابو حنيفة ومحمد ان الفرقة بين الزوجين باللعان توجب حرمة مؤقتة فاذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان والفرقة واقيم عليه حد القذف فان له ان يعود الى زوجته بعقد جديد .

وروي هذا عن التابعين : سعيد بن المسيب و ابراهيم والشعبي وسعيد بن جبير .

ادلة القائلين بالتحريم الموقت :

(١) عموم آيات النكاح في القرآن الكريم ليس فيها ما يشير الى التحريم المؤبد في اللعان كقوله تعالى : « حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت » .

وكقوله تعالى : « وامهاتكم اللائي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة » فهذه نصوص التحريم ثم ذكر الله تعالى « واحل لكم ما وراء ذلكم » .

وقوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » .

فالله تعالى قد بين في كتابه الكريم ما حرمه على المسلمين من النساء وما اباحه لهم وليس فيه ما يدل على ان الزوجة التي فرق بينها وبين زوجها باللعان انها محرمة على زوجها .

(٢) ان الفرقة باللعان تقع بحكم الحاكم وكل فرقة كانت من جانب الحاكم لا توجب التحريم المؤبد كالتفريق بسبب العيب .

ويمكن الرد على هذا الدليل ان التفريق بسبب العيب لا يمنع الزوجين من العودة الى حياتهما الزوجية اثر تفريقهما مباشرة بينما لا يجوز ذلك في اللعان فالقياس مع الفارق ، فالقاضي اذا فرق بين الزوجين بسبب العيب مثلاً ثم اراد الزوجان ان يستأنفا حياتهما الزوجية جاز ذلك . اما التفريق بسبب اللعان

فُجِئَ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ يَجُوزُ لَهَا الْعُودَةُ إِلَى زَوْجَيْهَا فَأَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ أَنْ يَكْذِبَ
الرَّجُلُ نَفْسَهُ وَإِنْ يَقِيمُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ الْحَدَّ .

٣) لو كذب الملاعن نفسه بعد أن تم اللعان وقبل وفوع الفرقة أي قبل
أن يفرق الحاكم بينهما ، على مذهبه . لوجب حد القذف على الرجل ولا يفرق
القاضي بينهما .

وقد قال بهذا الرأي أبو يوسف أيضاً مع أنه من القائلين بالتحريم المؤبد .
وعلى هذا فإذا اكذب الرجل نفسه بعد تفريق الحاكم فيجب ألا يختلف
الحكم في الحالين لأنه طالما أن تكذيب الزوج نفسه قبل التفريق كان سبباً
لزوال حكم اللعان فيجب أن يكون كذلك الحكم فيما لو كذب نفسه
بعد التفريق (١) .

(١) أما الاثر الثالث : فهو نفي الولد :

فلنا إن القذف إما أن يكون بتهمة الزنا أو لنفي الولد وقد بحثنا الموضوع الأول أما
نفي الولد :

إذا رجعنا إلى القرآن الكريم وآيات سورة النور التي جاء فيها حكم القذف واللعان
لأنجد فيها ما يشير إلى حكم نفي الولد ولكن الفقهاء استدلوا على ذلك من السنة الكريمة
وقضاء الرسول عليه السلام .

ولهذا قال الجصاص : ليس في كتاب الله عز وجل ذكر نفي الولد إلا أنه قد ثبت عن
النبي صلى الله عليه وسلم نفي الولد باللعان إذا قذفاً بنفي الولد .

وقد روي عمر : أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله وانتفى من ولدها
ففرق رسول الله بينهما وألحق الولد بالمرأة .

واختلف الفقهاء في الزمن الذي يحق للزوج فيه أن ينفي الولد وسبب الخلاف أنه لم يرد
في ذلك قرآن ولا سنة . ولكن من الملق عليه أن سكوت الرجل مدة من الزمان يعتبر
رضاً بالولد وإقراراً به وبعد إقراره به واعترافه ببنوته لا يسمح له الإنكار ولا النفي .

وأحكام نفي الولد ليست من موضوع بحثنا إذ ذكرنا كلمة عنها باعتبارها أثر من آثار اللعان
ومن أصول هذا البحث ١ حديث رسول الله : الولد للفراش وللعاهر الحجر . ٢) والقاعدة
الفقهية أن الولد لا ينتفي بتصادق الزوجين بل لابد من إيمان وحكم . التاج المذهب ٢/٢٦٦ .
راجع زاد المعاد ٩١/٤ .

وفي رأينا :

ان مما يؤيد حجة القائلين بالحرمة المؤقتة ان التحريم لا يكون الا بنص جاء في القرآن الكريم ولا شيء من ذلك، وماورد في السنة يمكن تأويله لأنه يحتمل عدة معان، ومع الاحتمال لا يصح الاستدلال. ولكننا نرى انه ليس من السهل ان تعود حياة زوجية يملؤها الصفاء والمودة بعد ان عكر صفوها ثم باطلة وائعاءات كاذبة تحيل نعيم الاسرة الى جحيم لا يطاق .

• • •

المبحث الثاني

الطرق للزنا لدى بعض الأمم القديمة والسرايع السابقة

الفرع الأول

الطرق للزنا عند اليونان

كان للرجل سلطة مطلقة على زوجته لدى اليونان - كما ذكرنا - وخاصة في العصر القديم حيث كان الزوج يشتري زوجته بالمال ومن ملك شيئاً بالمال استبد به ولهذا كان الزواج قاسياً على الزوجة بحيث لا تستطيع مها اقترف زوجها في حقها من ذنوب واثم أن تطلب الطلاق .

والرجل كان يملك حق الطلاق بدون أي قيد، اللهم الا فوات المبلغ الضخم من المال الذي دفعه لزوجته حين عقد الزواج الذي تم بالشراء .

غير ان هناك بعض الحالات كان الزوج يستطيع أن يطلق زوجته دون أن يتكبد ما دفعه من مال وذلك كما لو زنت الزوجة فالرجل يطلقها ويسترد منها ما دفعه لها لانها اخلت بالغرض المقصود من النكاح وهو انجاب ذرية شرعية . ولما جاء العصر الكلاسيكي خف الطلاق نسبياً بعد زال طريق الشراء كسبب موجب لعقد الزواج ولكن بقيت الاسباب هي هي التي تبيح للزوج ان يطلب ويسترد المال ومن هذه الحالات الزنا^(١) .

والشيء الجديد في العصر الكلاسيكي ان الزوجة اكتسبت بعض الحقوق فأصبح بمقدورها أن تطلب الطلاق من القاضي اذا اسرف الزوج في حياة اللهو والدعارة . وقياساً على هذا نستطيع القول ان الزوجة في هذا العهد كانت تملك طلب الطلاق اذا ما ارتكب زوجها جريمة الزنا .

(١) المرأة عند قدماء اليونان ص ١٣٠ .

الفرع الثاني

الطرق للزنا عند الرومان

كان العرف الروماني يعطي الزوج حق توقييع عقوبة الموت على زوجته اذا زنت ، وكان حق العقوبة خاصاً بالزوج ثم انتقل الى مجلس عائلي يضم افراد الاسرتين ، حتى أصدر الامبراطور اوغسطس قانون جوليا الخاص بالحياة الزوجية ، فانتقل هذا الحق الى الدولة حيث اصبحت هي التي تتولى عقاب الزوجة الزانية وأعطى هذا القانون للزوج حق الطلاق وهو حق خاص به الا في حالة الزنا فقد الزمه بالطلاق الزاماً لا خيار له فيه .

وفي عصر قسطنطين جعلت عقوبة الموت جزاء على من يثبت زناها ، وسلب من الزوج حق العفو عن جريمة زوجته . ثم جاء جوستينيان فاستبدل بعقوبة الموت عقوبة الجلد والنفي وأعطى الزوج حق العفو عن زوجته .

أما زنا الزوج فيختلف عن زنا الزوجة ومع هذا فلم يخلو الامر من عقاب الزوج اذا ما أخل بالتزام الزوجي وارتكب جريمة الزنا . والعقوبة كانت عبارة عن حرمان الزوج من اتهام الزوجة اذا ما زنت في المستقبل . هذا في العصر الكلاسيكي .

أما في عصر الامبراطورية السفلى فقد شرع قانون يفقد بموجبه كل زوج خان زوجته فارتكب جريمة الزنا الحق في جميع الاموال التي وهبها لزوجته والتي كان من حقه ان يستردها .

وهكذا يلاحظ التفرقة الواضحة بين زنا الزوج وزنا الزوجة ، فزنا الزوج لا يترتب عليه اكثر من انه يفقد حق اتهام زوجته فيما اذا زنت وبعض حقوق

مالية اخرى ، اما زنا الزوجة فيلزم الزوج الزاماً بطلاقها لا خيار له فيه^(١) .
كما ان القانون الروماني منع زواج الزانية بعد طلاقها من أي شخص آخر
عقوبة لها على فعلها الشنيع الذي ارتكبه وخانت به زوجها . فقد اصدر
الامبراطور جوستينيان ٥٥٦ مرسوماً يقضي ببطلان زواج الزانية من
شريكةا بالزنا .

وقد تأثرت بهذا الشريعة البيزنطية : فقد جاء في قواعد باسيليوس (٩
و ٢١) ، انه يجب على الرجل ان يطلق امرأته اذا زنت — أما الرجل فتجب
عليه التوبة .

وقد نص في القاعدة (٣٩) ان زواج الزانية المطلقة يعتبر باطلاً
مع أي شخص آخر بعد طلاقها من زوجها الاول ،^(٢) ولو تم هذا الزواج
بعد توبة الزوجة .



(١) المرأة عند الرومان ص ٢١٤ .

(٢) الأحوال الشخصية لغير المسلمين شقيق شحاته ص ٤٧ .

الفرع الثالث

الطلاق للزنا لدى اليهود

طائفة الربانيين

الطلاق مباح للرجل لدى اليهود، فله أن يطلق زوجته لدى طائفة الربانيين متى شاء ويدفع لها حقوقها المقررة لها بموجب عقد الزواج والعرف السائد .
الا ان هناك بعض الحالات يجوز الزوج أن يطلق زوجته دون أي التزام مالي، وقد عدد قانون الاحوال الشخصية لليهود هذه الحالات ومنها حالة الزنا .
فاذا رأى الزوج زوجته ترفي أو علم من احد ذلك حرمت عليه ووجب الطلاق ولا خيار له في الأمر لان الزانية لا يجوز أن تكون زوجة شرعية .
أما اذا ثبت ان الزنا كان اغتصاباً ورغماً عن ارادة الزوجة فلا تحرم على زوجها ولها حقوقها الكاملة فان شاء طلق وادى لها مايتوجب على الطلاق من الحقوق والا فهي زوجته .

وكذلك اذا اتهم الرجل زوجته وجاءت تنفي ذلك فانها تحلف على انها لم تزن وان ما اتهمها به زوجها باطل وبذلك ترفع التهمة الملتصقة بها^(١) :

(١) ولا يقتصر طلب الطلاق على الزنا بل إذا ساء سلوك الزوجة فلزوج أن يطلق زوجته ففي حكم لحاظاخانة الاسكندرية : اذا كان سلوك الزوجة لم يكن مما يخفف حدة الشكوك التي تساور رأي الزوج حول امانتها بل على العكس كانت تسلك كل السبل لتدعيم الشكوى فتحكم المحكمة بإيقاع الطلاق خطأ من الزوجة في حق زوجها . تاريخ الحكم ١٢/٢١/١٩٥٣ - راجع صالح حنفي ص ٢٥٤ أحمد رفعت خفاجي ٦٦ .

جاء في المادة ١٨٦ من قانون الاحوال الشخصية للربانيين :
اذا ثبت شرعاً زنا المرأة حرمت على زوجها وكلف بطلاقها بلا حقوق.

المادة ١٨٤ :

اذا كان الزنا اغتصاباً شرعاً فلا تحرم الزوجة ولا تنسقط حقوقها .

المادة ١٨٦ :

اذا نظر الرجل امرأته ترفي او علم من ثقة او اعتقد زناها حرمت عليه
ووجب الطلاق ولا حقوق لها الا اذا حلفت .

اما اذا زنا الزوج فهل للزوجة ان تطلب الطلاق ؟ ..

اذا ارتكب الزوج جريمة الزنا فهل يحق لزوجته ان تطلب الطلاق طالما
انها لا تملك ان تطلق نفسها ام ان حق الطلاق بسبب الزنا خاص بالرجل
دون المرأة ؟ ..

قال الربانيون :

اذا ارتكب الزوج الزنا مرة واحدة فلا يحق للزوجة ان تطلب الطلاق ،
اما اذا تكرر الزنا وأصر على فعله فيحق لها ان تطلب الطلاق أي اذا اعتاد
الزوج على جريمة الزنا فالقانون يعطي الزوجة حق الطلاق لالزنا مرة واحدة
بل لاعتياد الزنا اكثر من مرة .

جاء في المادة ٢١٦ :

اذا اعتاد الرجل الزنا او اعتاد ضرب زوجته او اطعامها غير الحلال باز
اجابة طلبها الى الطلاق

طائفة القرائين

واما طائفة القرائين فلا تبيح للزوج الطلاق متى اراد دون قيود كما تذهب الطائفة الاخرى بل تشترط بعض القيود وان كانت اقرب الى الديانية منها الى حكم القضاء .

وفما يتعلق بالزنا قالوا لا يجوز للزوج ان يتزوج زانية .
وعلموا ذلك : بأن الزانية من الصعب ان تتوب عن عملها وعادتها فكأن الزواج لها لا فائدة منه اذ سوف يطلقها حينما تزني والطلاق واجب على الزوج اذا زنت زوجته فكأنها لم تتزوج .
اما اذا زنت الزوجة فقد ميزت طائفة القرائين بين حالات ثلاث :

١ - اما ان يبلغه من احد اقاربه او اصدقائه ان امرأته ارتكبت جريمة الزنا، وشهد شاهد واحد منهم على ذلك كان هذا سبباً للتحريم والطلاق لازم على الزوج .
فاذا انكرت امام الكاهن مانسب اليها^(١) ، وحلفت اليمين على ذلك فلا تسقط حقوقها الزوجية بل على الزوج ان يدفع لها المتفق عليه حين عقد الزواج .

اما اذا شهد شاهدان على زناها فتسقط جميع حقوقها وتحرم على زوجها .
٢ - اما اذا كان الزنا غصباً واكراهاً بحيث لم يكن للزوجة فيه الخيار قالوا يجب على الزوج ان يطلقها وتأخذ حينئذ ما في حوزتها من الجهار .

(١) جاء في شعار الخضر لليهود القرائين ص ١٢١ .

كان الرجل يأتي بإمرأته الى الكاهن اذا ارتاب من أمرها فيسقيها الكاهن ماء الشطط أي مجاوزة الحد حد الفقة فأما ان تشرب واما ان تأتي فإذا أثبت كان هذا ثبوتاً للثمة وإذا شربت ولم يصحبها شيء دل هذا على نزاهتها والا انتفخ بطنها وسقط فخذه .

٣ - والحالة الثالثة التي يجبر فيها الزوج على طلاق زوجته وتسقط حقوقها هو ما لو اعتادت الزوجة اللهو والفجور وتعريض نفسها للزنا والابتذال في الشوارع والطرق بدون علم زوجها او اذا وجدها مع شخص آخر اجنبي عليها^(١).

• • •

(١) على أنه يلاحظ أن تقدير هذه الأشياء أمر نسبي يختلف حسب الظروف والبيئات وقد قضت محكمة النقض المصرية بالنسبة الى طائفة القرائين ان تقدير سوء سلوك الزوجة وابتذالها مرجعه الى محكمة الموضوع - نقض رقم ١٥ سنة ٢٥ من احوال شخصية في ١٩٥٧/١/١٠ .

الفرع الرابع

الطوق للزنا في المسيحية

اجمعت الشريعة المسيحية بمختلف مذاهبها على استنكار جريمة الزنا متأثرة بذلك بتهاليم الانجيل كتشريع سماوي والقانون الروماني كقانون وضعي . ولا خلاف بين المذاهب المسيحية في ان زنا احد الزوجين سبب موجب للفرقة فمن اباح الطلاق اعتبره سبباً للفرقة بين الزوجين ومن لم يباح الفرقة قال بالانفصال الجسماني .

ومن الجدير بالذكر ان هذه النظرة للزنا لم تقتصر على من ارتكبها اثناء الحياة الزوجية بل شملت من زنا واراد ان يتزوج ، وكذلك من طلق للزنا واراد ان يعود الى زوجته .

كما ان الشريعة المسيحية زيادة منها في استنكار هذه الجريمة فقد اعتبرت مقدماتها من اغواء وسوء سلوك وانحراف ، جريمة تبيح للطرف الاخر ان يطلب الطلاق بمن ارتكبها .

وسوف نذكر نصوص الانجيل ومواد القانون بمختلف المذاهب المسيحية في هذا الموضوع وما ذهب اليه الشراح في شروحهم ورجال القضاء في تطبيقهم العملي لهذه النصوص ، ثم اخيرا ابين رأيي بالتفريق للزنا بين الزوجين في الشريعة المسيحية .

نصوص الانجيل

جاء في انجيل متى الاصحاح ٥ العدد ٣٢ : من طلق امرأته الا لعل الزنا فقد جعلها زانية .

وجاء أيضاً في انجيل متى الاصحاح ١٥ العدد ٩ : من طلق امرأته الا لعل زنا واخذ اخرى فقد زنا .

هذا ماجاء في الانجيل فيما يتعلق بزنا الزوجة ولهذا فان المذاهب المسيحية اخذت هذه النصوص وفسرتها بالطلاق ماعدا الكاثوليك الذين اعتبروا الطلاق هو الانفصال الجسدي حيث ينفصل الزوج عن زوجته بموجب حكم من الهيئة المختصة اذا ما ثبت زنا شريكه الآخر ويعيش الزوجان كل منهما بمعزل عن الآخر لا يستطيع ان يتزوج ولا يجوز له ان يطلق^(١) .

. . .

قوانين المسيحية في الطلاق للزنا

واول قانون ادى المسيحية اباح الطلاق يرجع الى القرن الثالث للميلاد .
فقد جاء في القانون السابع والاربعين من قوانين الملوك :

(١) جاء في كتاب الاحوال الشخصية لعمرو حبشي ص ٣٢٩ «وتعرف أيضاً بكأس الباهة وهو ان يأخذ الكاهن وعاء من الفخار به ماء كيريتيا وتراًباً من المذبح ويستحلف الزوجة عما اذا كان زنا بها رجل غريب فإن انكرت اعطاها هذا الماء لتشربه فإن كانت كاذبة ينفخ جسمها وتصبح أية لمن يراها وان كانت بريئة لا يصيبها ضرر ما ويذهب الله ما في قلب زوجها من الفيرة » .

وأي رجل عرفه الناس بأن زوجته قد زنت ولم يعلم بذلك يقيناً وأراد أن يعرف حقيقة أمرها فليقدمها إلى الحاكم في كنيسة الله ويوقفها قدام المذبح ويعطى لها كأس الامتحان^(١).

وجاء في المجموع الصفوي^(٢) :

أن الزيجة تفسخ في حالة الزنا إذا ثبت وقوعه من المرأة وفي استمرار وقوعه من الرجل خلاف .

وذكر ابن كبر في مخطوطه ، مصباح الظلمة لايضاح الخدمة^(٣) :

أن الزيجة تفسخ إذا وقع الزنا من المرأة وفي الاستمرار مع زنا الرجل خلاف .
وجاء في الخلاصة القانونية^(٤) .

م ٧٦ : إذا زنت المرأة بعد زواجها واطلع زوجها على أمرها واثبت ذلك لدى الرئيس الشرعي تفرق سنه .

ونلاحظ على هذه النصوص الملاحظات التالية :

(١) أنها استعملت لفظ الفسخ في كل من المجموع الصفوي ومصباح الظلمة .

(١) هذا تشبهاً مع نظام الكنيسة الكاثوليكية في أن الزواج متى تم فهو علاقة دائمة غير قابلة للانحلال إلا بالموت - يقول الاستاذ حلمي بطرس في كتابه الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٢٤٢ - :

أثار قول المسيح في الإنجيل متى ، من تزوج بزانية فقد زنا بها « مشكلة دقيقة في القانون الكنسي هي حكم زواج الزاني بشريكه أهو صحيح أم باطل ولكل كنيسة رأي في الموضوع » .

(٢) المجموع الصفوي الباب ٣٤ الفصل ٦ طبعة ١٩٣٢ .

(٣) مخطوط مصباح الظلمة لايضاح الخدمة ص ٤٤٥ .

(٤) الخلاصة القانونية ص ٣٧ في السبب الثالث طبعة ١٩٣٣ .

(٢) أنها حصرت حق طلب الفسخ بالزوج اما الزوجة ففي الامر خلاف اذا ما استمر الزوج على ارتكاب الزنا ويفهم منه ان ارتكاب الزوج الزنا مرة واحدة لا خلاف في انه لا يعتبر جريمة يبيح للزوجة طلب الفرقة لاجلها^(١) .

(٣) ان نص الخلاصة صريح في ان وقوع الزنا بعد الزواج . اما النصين الاولين فليس فيها هذا الوضوح .

ثم جاءت التقنينات الجديدة لطائفة الاقباط الارثوذكس في قانوني ١٩٣٨ و ١٩٥٥ فنصت على ذلك . م ٤٠ من قانون ١٩٣٨ ف ١ :

يجوز الطلاق في حالة زنا احد الزوجين .

م ٤٨ من قانون ١٩٥٥ : يجوز لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق لعلة الزنا .

ويلاحظ في هذه المجموعات انها لم تفرق زنا الزوج عن زنا الزوجة وعبرت بالفرقة بلفظ الطلاق بدلا عن الفسخ .

واما الطائفة الانجيلية فهي وان كانت متفرعة عن الطائفة الكاثوليكية الا انها اباحت لأحد الزوجين طلب الطلاق في حالة الزنا على ان يكون ذلك بعد الزواج لا قبله^(٢) .

ونص المادة ١٨ ، اذا زنا احد الزوجين وطلب الطلاق الزوج الآخر .

(١) جاء في المجموع الصفوي : يجب التشديد في زنا المرأة اكثر من زنا الرجل لأنه من كبار مقاصد الناموس دفع الاضرار الواقعة للناس بعضهم من بعض والرجل في اكثر الأمر تبلغ به الغيرة الى ان يقتل امرأته او الذي زنا بها . اما المرأة واقاربها فلا يفعلون بالرجل ، كذلك النسل فانما يتيقن ويحفظ من جهة المرأة فإذا افسد قس الميراث والحقوق الأبوية. الباب ٢٤ فصل ٦ .

(٢) راجع نص المادة ١٨ من قانون الطائفة الانجيلية البروتستانت .

وكذلك نصت المادة ٣٨ من قواعد الأرمن الأرثوذكس :

« زنى أحد الزوجين يبيح الآخر طلب الطلاق » .

أما الكنيسة الكاثوليكية فقد أجازت الانفصال الجسدي في حال ارتكاب أحد الزوجين جريمة الزنا بناء على حكم يصدر من الكنيسة ^(١) .

الزنا قبل الزواج

أما إذا ارتكبت الزوجة الزنا قبل الزواج فلزوج أيضاً حق الفراق كما جاء في نصوص ابن لقلق ^(٢) « من تقول على زوجته عند اجتماعها بها أنه لم يجدها عذراء فإن ثبت كذبه عوقب وبقيت له زوجته شاء أو أبى . وإن أثبت صدقه فرق بينها وأخذ جهازها ^(٣) » .

ويقول الدكتور شفيق شحاته في كتابه الأحوال الشخصية لغير المسلمين ^(٤) .

ولو زنت المرأة قبل زواجها ، فوجدها الزوج حين زواجها ثيباً فقتلها بتهمة الزنا تطلق منه ، ولا تستطيع أن تتزوج بآخر . ولكن يلزم لذلك أن يكون قوله الذي قذفها به حقاً ولم يجدها عذراء ولا لوالديها بيّنة .

فالزنا وحده لا يقوم به المانع في هذه الصورة ، ولكن يلزم إلى ذلك أن يكون قد قذفها به الزوج وثبتت صحة التهمة بأن كانت ثيباً وليس لوالديها

(١) المادة ٦٥ من قانون الكاثوليك حيث نص : « لا يستطيع أن يعقد زواجا صحيحا :

(١) من اقترف مع صاحبه زنا وكان مرتبطاً بزواج صحيح واحد وتواعد الفريقان بالزواج أو حاولا الزواج نفسه ولو باجراء (٢) من اقترف مع صاحبه زنا وكان مرتبطاً بزواج صحيح واحد وقتل احدهما زوجه .

(٢) قوانين الانبا كيرلس الشير بابن لقلق .

(٣) غر وحشي ص ٣٣٣ .

(٤) الأحوال الشخصية للدكتور شفيق شحاته ٥٩/٥ .

ما يدحض التهمة . فالعبارة هنا بالذف (١) .

معنى الزنا الموجب لطلب الطلاق

هذا ما يتعلق بزنا أحد الزوجين وما جاء به من نصوص ومواد قانونية في مختلف المذاهب المسيحية . وقد قلنا آنفاً ان القوانين اعتبرت مقدمات الزنا كسوء السلوك والانحلال الخلقي سبباً من الاسباب التي تجعل لأحد الزوجين طلب الطلاق وهذه الحالات تسمى بالفقه المسيحي بالزنا الحكمي بينما يسمون الحالات التي يثبت فيها الوقاع بين الطرفين بالزنا الحقيقي .

وسبب عدم هذه التفرقة بين الحالتين ان الزنا في القوانين الكنيسة يختلف عن الزنا في القانون الجنائي ، فالزنا في نظر القانون الجنائي هو الوطء غير المشروع اذا ارتكبه الزوجة وهي تعلم ان من يجامعها غير زوجها ، وزنا الزوج يجب ان يكون كذلك وفي منزل الزوجية .

اما الزنا في القوانين الكنيسة فلا يصل الى درجة الوطء بل يعتبر متوافراً اذا وجدت صلات غير مشروعة بين الزوجة وشخص اجنبي عنها سواء كانت هذه الافعال في دور التحضير ام دخلت دور التنفيذ وذلك حرصاً على الرابطة الزوجية .

وجاء في الخلاصة القانونية في الاسباب المبيحة للتطبيق .

السبب الخامس م ٧٩ : وكذلك اذا تمادت المرأة على اجراء ما يستلزم

(١) هذا النص مأخوذ من المجموع الصفوي ص ٢٤٦ وفي رأبي ان عبارات ابن العسال في القذف وعدم البينة على اثبات الزنا عبارات لم نجد لها لدى الاقدمين من فقهاء الكنيسة ولعل ابن العسال لوجوده في مصر قد تأثر بالتشريع الاسلامي في كثير من عباراته وتقنياته في كتابه المشار اليه . بل وجدت نصاً لدى الروم الارثوذكس يعطى الزوجة حق طلب طلاقها من زوجها اذا اتهمها بالزنا وعجز عن اثبات ذلك - راجع نمر جوشي ٣٣٨ وهذا النص هو مشابه لنظام اللعان في الشريعة الاسلامية حيث يتم الزوج زوجته بالزنا ويعجز عن الاثبات .

لإفساد عقمتها كما اذا سكرت او دخلت الملامهي مع رجال اجانب او ترددت الى اماكن اللهو بدون اذن الرجل او مايجري مجرى ذلك بما يشين عرضها ويعرضها لخطر الفساد ولم تلتزم ولم تثبت واستمرت بعد نصحتها وتوبيخها وردعها من الرئيس ثلاث مرات مواظبة على قباحتها يكون ذلك موجباً لفراقها من الرجل بفسخ زيجتها^(١) .

ولكن الاستاذ بقطر حبشي يعلق في كتابه على هذه الاسباب التي اوردها ابن العسال ونقلها عنه في الخلاصة بقوله : ان الامثلة التي اوردها ابن العسال في اواخر القرن الثاني عشر وان كانت تتفق مع العصر الذي قيلت فيه فالواجب مراعاة العصر الحاضر^(٢) .

وكأن الاستاذ المؤلف يريد ان يقول ان هذه الاسباب لم تعد تصلح للفرقة بين الزوجين لان الحياة التي نعيشها تختلف عن عصر ابن العسال، ولكني اقول قبل ان ابدي رأبي في هذا الموضوع ان تقنين الاقباط الارثوذكس لعام ١٩٣٨ نص في مادته ٥٦ مايلي :

اذا ساء سلوك احد الزوجين وفسدت اخلاقه وانغمس في حمأة الرذيلة ولم يجد في اصلاحه توبيخ الرئيس الديني ونصائحه جاز للزوج الآخر ان يطلب الطلاق .

فهذا نص صريح لقانون حديث وضعه رجال الطائفة المسيحية نصوا فيه على سوء السلوك باعتباره سبباً يميز لأحد الزوجين طلب الطلاق .

اما قانون ١٩٥٥ فقد جاء خالياً من هذا النص ومع هذا يمكن اعتبار النص

(١) الخلاصة القانونية ص ٣٨

(٢) غر وحشي ٣٧٧ وقريب من هذا مذهب اليه الدكتور احمد خفاجي في كتابه قضاء الاحوال الشخصية ص ٦ حيث يقول ان الاخلاق شيء والقانون شيء آخر . ولكننا لا نقر مذهباً اليه فالاخلاق لدى أمة هي مجموعة الأعراف لديها من تقاليد وعادات وهذه من مصادر القانون حيث لا نص فيه على ذلك .

في القانون السابق غير منسوخ لأن حكمه لا يتنافى مع ما جاء في القانون الجديد .
قال الدكتور اهاب اسماعيل ^(١) . « وعلى الرغم من عدم ورود مثل هذا
النص في مشروع ١٩٥٥ الا ان هذا لا ينفي الاعتداد بالزنا الحكمي وبسوء
السلوك لان مشروع سنة ١٩٥٥ اباح التطلق للزنا الذي يشمل الزنا الحكمي
كما يشمل الزنا الحقيقي » .

وجاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية ^(٢) .

الزنا بمعناه الاعم يشمل الحالات التي تواضع رجال الفقه الديني على تسميتها
بالزنا الحقيقي وهي اتصال جنسي محرم بين احد الزوجين وشخص غريب عن
العقد ، كما يشمل حالات اخرى اطلق عليها حاله الزنا الحكمي وهي التي لا يصل
الوضع فيها الى الحالة السابقة وانما تكون سبباً الى الظن بانها تؤدي اليه لانها
تفسد الظن وتؤدي به الى الاعتقاد بوقوع الزنا الحقيقي . ومثلها ان تتواجد
الزوجة في محلات الفجور واللغو او المواخير او تواجدها في بيت لا يفرق
فيه على عفتها ^(٣) .

وهكذا نستطيع ان نضيف الى سبب الزنا الحقيقي سبباً آخر هو الزنا
الحكمي بموجبه يستطيع احد الزوجين طلب الطلاق .
واذا رجعنا الى مختلف النصوص والاجتهادات التي بين ايدينا نرى انه يجب ان
يتوافر في الزنا الحكمي ثلاثة شروط :

(١) ان يسوء سلوك احد الزوجين وتفسد اخلاقه وينغمس في حمأة الرذيلة .

(٢) ان يعتاد هذا السلوك المنحرف .

(٣) ان ينصحه رجل الدين قبل الفرقة .

(١) اهاب اسماعيل ١١٤ .

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ٩٥٦/٦/١٠ راجع صالح حنفي ص ٣٠٧ - وراجع

رفت خفاجي ص ٥٨ .

وتبعاً لاختلاف رجال الفقه في اعتبار سوء السلوك سبباً للطلاق فقد اختلف الاجتهاد القضائي .

فقد قضت محكمة الاستئناف الاسكندرية^(١) : بأنه لا طلاق الا للزنا .
وقالت : ان احكام الشريعة المسيحية مدونة في الانجيل المقدس وهي وحدها :
واجبة التطبيق وقد حرم فيها الطلاق تحريماً باتاً الا لعللة الزنا والمحكمة وقد نيط
بتطبيق احكام هذه الشريعة لان الحكم بالطلاق لاسباب لامت لعللة الزنا بصلة ...
ولكن هذه المحكمة نفسها رجعت عن حكمها بحكم آخر^(٢) .
سوء المعاشرة واستحكام النفور بين الزوجين والفرقة بينهما لهذا السبب
لمدة تزيد على الثلاث سنوات من الاسباب التي تيسح الطلاق عند
الاقباط الارثوذكس .

وفي حكم الاستئناف القاهرة^(٣) .

قالت فيه : « تجيز المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس
الذي اقره المجلس الملى العام ١٩٣٨ ، التطلق اذا اساء احد الزوجين معاشرة
الآخر واخل بواجباته نحوه اخلاقاً جسيماً مما ادى الى استحكام النفور بينهما
وانتهى الامر بافتراقهما من بعضها واستمرت الفرقة ثلاث سنين متوالية » .

وهكذا نجد خلافاً لمن اراد ان يقيده هذه النصوص او يلغيتها حسب تطور
الزمن والمفهوم الجديد للحياة التي نعيشها ، فللزواج ان يطلب الطلاق اذا اساءت
زوجته سلوكها حسب ما جاء في النصوص السابقة كما ان نص قانون ١٩٣٨
للاقباط الارثوذكس في مادته ٥٧ لا يزال ساري المفعول وان لم ينص عليه
قانون ١٩٥٥ .

(١) محكمة استئناف الاسكندرية ١٩٥٦/٦/٥ .

(٢) محكمة استئناف الاسكندرية ١٩٥٦/١١/٢٢ .

(٣) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٦/١٢/٥ .

هل مؤ طاب الطريق الزامي بالنسبة للزوج الاخر ؟

اذا ارتكب احد الزوجين جريمة الزنا او ساء سلوكه فهل للطرف الثاني الخيار في السكوت او ان له حق مطالبة القضاء بالطلاق ؟ ام أنه يلزم على رفع الامر للقاضي للتفريق بينهما ؟ . .

من مجموعة النصوص التي اطلعت عليها في الشريعة المسيحية ظهر لي انه لا يجوز للزوج السكوت على زنا زوجته كما لا يجوز للزوجة ان تسكت عن زنا زوجها لان الزوجان جسد واحد فاذا مافسد جزء منه فسد الاخر وبالنسبة لفساد كلا الجسدين فلا يصح السكوت .

جاء في رسالة بولس الرسول الى العبرانيين الاصحاح ١٣ العدد ٤ :
ليكن الزواج مكرماً في كل شيء والمضجع طاهراً فان الزنا والفساق سيدينهم الله .

وفي رسالة بولس الرسول الاولى الاصحاح : العدد ٩ .

وفي رسالة بولس الاولى الى اهل كورنتس الاصحاح ٦ و١٦ و١٨ :
من اقترن بزانية يصير معها جسداً واحداً ... اهربوا من الزنا فان كل خطيئة يفعلها الانسان هي في خارج الجسد . اما الزاني فانه يحرم الى جسده .
وفي رسالة بولس الاولى الى اهل كورنتس الاصحاح ٦ العدد ١٣ .
اما الجسد فليس لاجل الزنا بل لاجل الرب .

هذه نصوص صريحة في عدم جواز مخالطة الزناة فالواجب على اي من الزوجين اطلع على خيانة صاحبه الا يسكت لانه يكون مخالطاً للزاني ومخالطة هؤلاء لا تجوز شرعاً .

ولكن قد يقال ان هذه النصوص اوامر شرعية ليس لها ما يؤيدها من القوانين التي وضعها رجال الكنيسة فلنرجع الى نصوص القوانين فنجد في الخلاصة القانونية :

السبب الثالث المادة ٧٦ : اذا زنت المرأة بعد زواجها واطلع رجلها على امرها واثبت ذلك لدى الرئيس الشرعي تفرق منه .

ويقول شامخ الخلاصة (١) : اذا ثبت الزنا وشكا الزوج من امراته فسخت الزيجة . اما اذا اراد معاشرتها قصداً في عدم وقوعها في هوة الفساد متى ثابت توبة نصوحه فلا تطلق منه ولكن اذا وجب طلاقها لانها ستكون سبباً في جلب اضرار كثيرة .

وجاء في القانون الثالث عشر من مجموعة قوانين القديس باسيليوس الكبير « اذا كان زنا الزوجة بعلم زوجها ولم يشأ ان ينفصل عنها بل قبل معاشرتها رغم استمرارها على خطيئتها ، وجب اخراجه من الكنيسة لانه يعتبر مشتركاً في اثر الزنا . » (٢)

وبعد فهذه نصوص ومتون ومواد في الديانة المسيحية تشير بوضوح الى الزام الزوج او الزوجة اذا مازنا احدهما ان يطالب بالطلاق واذا مانا آخر كان اثماً ويطرد من الكنيسة لان في سكوته اعتراف ومشاركة بزنا صاحبه .

وقد رأينا ان صاحب الخلاصة القانونية ذهب الى ان الزنا المشتهر يعتبر سبباً للفسخ بين الزوجين بعد الدخول كما يعتبر سبباً مبطلا ان حصل قبل الدخول .

تنتقل بعد هذا الى معرفة: هل اذا طلب احد الزوجين الطلاق من القاضي يجيبه الى طلبه ام لا ؟ ..

(١) جرجس فيلوتاؤس عوض ص ٣٧ بل أن فيلوتاؤس يذكر في المادة ٦ : « زنا المرأة المشتهر المحقق ، من الأسباب التي تمنع الزواج من قبل وتبطله لو اتفق حصوله يقول فيص : ٢ . واما الأسباب الأخرى فتمنع الزواج من قبل وتبطله لو اتفق حصوله وهي ثلاثة : - عدم النصرانية ، وزنا المرأة المشتهر المحقق ، والارتباط بشكل الرهينة .

ويقول الدكتور شحاته ص ٥٧ تعليقا على هذا النص : - « وهو يستند في ذلك الى قوانين ابن اقلق والى ما جاء بمجموع ابن العسال . فهذا النص صريح لا يوجب مطالبة الزوج بمفارقة زوجته الزانية بل أن العقد ينفسخ اذا اشتهر زنا الزوجة . »

(٢) غمروحبشي ص ٣٣٨ .

هل الزنا -سبب ملزم للقاضي بالتفريق

إذا ارتكب أحد الزوجين جريمة الزنا وتقدم الطرف الآخر للقاضي يطلب الطلاق واثبت الواقعة في المحكمة أو كان لديه حكم قضائي بإدانة صاحبه بهذه الجريمة فهل القاضي ملزم بالفصل بين الزوجين وإصدار حكم بالطلاق أم ان له السلطة التقديرية فله ان يطلق وله ان لا يطلق .

يقول الاستاذان نمر وحشي في كتاب الاحوال الشخصية لغير المسلمين: (١)
ان الزنا ليس سبباً إلزامياً بمعنى ان للقاضي كامل سلطة التقديرية في الحكم به فله ان يفحص مدى خطورة الواقعة المنسوبة لأحد الزوجين على العلاقة الزوجية وكيف الخطأ الذي وقع ، للوصول الى مدى تبريره للتطليق وله الحق في تلمس عذر الزوج الزاني ...

ولكنني ارى ان القاضي ملزم بالحكم بالطلاق اذا ما ثبتت واقعة الزنا من أحد الزوجين واعتمد في هذا على عدة اعتبارات فقد سبق وذكرنا النصوص التي تحرم السكوت عن الزنا فكيف اذا لم يحكم القاضي بالتفريق يستمر الزوج بمعاشرة زوجته .

هذا فضلاً عن المصدر التاريخي لقوانين الاحوال الشخصية للطائفة المسيحية سواء ما اعتبرنا منها القانون الروماني او القانون الفرنسي وقد اجمع الفقه والقضاء في فرنسا على اعتبار جريمة الزنا من الاسباب الملزمة للقاضي بالحكم بالتفريق (٢) .
ولهذا فاني لا اوافق على ما ذهب اليه الاستاذ نمر في كتابه من ان الزنا

(١) نمر وحشي ص ٣٢٤ .

(٢) يقول الدكتور الشرفاوي ص ٣٦ : ان الفقه يجمع منذ وقت طويل على تقسيم اسباب الطلاق (في فرنسا) الى نوعين اسباب الزامية ، واسباب اختيارية، ومن الاسباب الازامية الزنا .

سبب اختياري وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالطلاق او عدمه ، بل انه سبب الزامي متى تحقق من وقوعه فيجب عليه التفريق بين الزوجين .

ويعجبني ما ذهب اليه الدكتور اهاب اسماعيل حيث فرق بين الزنا الحقيقي والزنا الحكمي فاعتبر الاول سبباً الزامياً للقاضي والثاني سبباً اختيارياً نظراً لما للثاني من مرونة تخضع للتقدير يقول : « ونعتقد ان التفرقة بين الزنا الحقيقي وجعله سبباً الزامياً والزنا الحكمي وجعله سبباً اختيارياً هي تفرقة منطقية تقوم على ان الاول لن يختلف اثنان في اضراره بالحياة الزوجية طالما انه يقوم على الوطء الذي لا يقره مجتمع معين او بيئة خاصة .

اما ما دون ذلك من الافعال فقد تختلف نظرة المجتمع اليه من مكان الى مكان فوجب ترك الامر لتقدير القاضي لمعرفة مدى تأثير الفعل على الزوجية من خلال ظروف البيئة واحوال الزوجين^(١) .

رأي لنا للطلاق في الزنا

يبدو لي ان القوانين والشرائع التي تحصر حق طلب الطلاق بزنا احد الزوجين تفتح باباً للزنا في حين انها تحسب انها تسد الابواب في وجه الزنا . ان هذا الحق يبدو حسناً جداً فيما لو اعطى للزوجين الحق في الطلاق بارادتهما المنفردة ثم جعل هذا الحق استثنائياً وذلك تخلصاً من بعض الالتزامات المالية مثلاً .

اما وان يجعل هذا الحق حق الطلاق مقصوراً على الزنا وما شابه ذلك ففي هذا تجربة خطيرة للحياة الزوجية التي لا يملك احد الزوجين انفصالها الا عن هذا الطريق .

ولتفصيل ذلك اقول :

(١) الطلاق لدى الارثوذكس اهاب اسماعيل ص ١١٩ .

لو فشلت الحياة الزوجية وتبين لاحد الزوجين استحالة استمرارها بعد أن ظن كل واحد منهما أن يجد في الآخر ما كان يرجوه وكثيراً ما تفشل تجارب الانسان في هذه الحياة ، فالطبائع قد تختلف والاخلاق قد لا تتلائم مع بعضها بل قد يكون هناك ما هو ادهى وامر من أمور مادية في احد الزوجين يصعب التعبير عنها ويكفي القول ان الزوجين اذا لم تعد الحياة متلائمة بحيث يمكن الاستمرار فيها لأمور قد تكون نفسية وقد تكون اجتماعية ، وقد تكون جسمية ، كل هذا يجعل احد الزوجين يتضجر من حياته ويسعى للتهرب منها سواء أكان عن طريق شرعي او آخر غير شرعي .

في هذه الحالة بالذات لا يجد الزوج امامه الا قول الشارع: من زنا فقد وجب على زوجه ان يطلب التفريق . فقد يتردد قليلا ولكنه يقدم على الزنا غير مختار في سبيل حياة أفضل يرتكب جريمة واحدة لينقذ نفسه من حياة كلها جرائم . ان الحياة الزوجية اذا كان النفور والكراهية تملأ اركانها هي في رأي الشارع والقوانين جريمة لان فيها اخلافاً بالالتزامات الزوجية .
وقد يرد على ملاحظتنا هذه :

- (١) ليس كل فرد يقدم على الزنا لخطورة هذه الجريمة .
- (٢) ان القانون وراء الزاني حيث يعاقبه .
- (٣) لو ثبت الزنا فيبقى حق طلب التطلاق للطرف الآخر .
- (٤) لو طلب الطرف الآخر التطلاق فللقاضي حق الاجابة او الرفض .

...

ومما بنا على ذلك :

- (١) بالنسبة للامر الاول صحيح انه ليس كل انسان يقدم على الزنا ولكن هذا في الوضع الطبيعي حيث يكون الانسان فيه غير مضطر ، اما الزوج او

الفرد الذي يعيش الجحيم في بيته مع من لا يحب فهذا لا خيار له اذا ما ارتكب جريمة الزنا لانه يختاراهون الشرين : فاما حياة دائمة لا أمل في اصلاحها لان الحق قد والكراهية تزيد القلب نفورا وبعداً ، واما جريمة زنا مرة واحدة وبعدها حياة توبة واستغفار تملأها ندامة القلب وحسن المآب .

ان الشرائع جميعها تقول ان للضرورات احكامها . ونحن بين امرين بين حياة تملؤها المعاصي لان عدم تأدية الحقوق الزوجية ما للطرف الآخر من واجبات هي معصية . وخاصة والمسيحية تقول : لتخضع النساء لازواجهن كما للرب ، وبين ارتكاب جريمة قد تكون صورية في موضوعها جريمة في شكلها فالعبوة لمرتكب هذه الجريمة انها وسيلة انقاذ لا لتحقيق شهوة .

٢) ثم اي قانون هو الذي يخشاه أحد الزوجين اذا ما ارتكب جريمة الزنا؟ ... ان القوانين المعاصرة التي تتمن كرامة الانسان الى حد تجعل فيه جريمة الزنا أخف الجرائم عقوبة ، من السهل جدا على اي فرد ان يقدم على ذلك وهو مطمئن البال مستريح الضمير فالعقوبة بسيرة والامر هين . وغدا تفتتح امامه الحياة المليئة بالخير والسعادة والهناء .

٣) قد يقال انه لو ارتكب احد الزوجين جريمة الزنا ليتخلص من الزوجية فان هذا الامر مقيد بطلب الزوج الاخر فاذا اراد ان يفوت عليه مقصوده فعل ولم يطلب الطلاق ؟

وللجواب على هذا من ناحيتين :

١ - اولاهما : لا انصور ان زوجة ترى عشيقة داخل بيتها او أن زوجها يرى عشيقاً مع زوجته ويسكت رضاء بالامر الواقع ان هذا نادر واذا وجد فلا قياس على الشاذين في هذه الحياة .

٢ - وثانيهما : لقد اثبتت بالنصوص الصريحة ان السكوت على جريمة الزنا لا يجوز لاحد الزوجين التغاضي عنها ، وقلت ان الواجب يقتضي طلب التفريق

بل ان بعض النصوص تعتبر الزنا سبباً للفسخ . ومن سكت فقد طرد
من الكنيسة .

٤) وأما بالنسبة للقاضي فهو امر الزامي كما رجحنا واثبتنا ذلك ولنا في
الاجتهاد القضائي الفرنسي والعرف هناك لا كبر دليل على قولنا بأن هذه مادة التفريق
للزنا تعتبر الزنا سبباً الزامياً للقاضي بحكم التفريق دون ان يكون له سلطة تقديرية .
وعلى هذا فلم يبق امام احد الزوجين إلا أن يرتكب جريمة الزنا وتقام

دعوى تسجل فيها هذه الجريمة بحكم قضائي وبموجب ذلك يعتبر هذا الحكم

بمثابة قرينة قانونية بحكم بها القاضي حين ما تطلب الزوجة او الزوج الطلاق .

• • •

المبحث الثالث

الظواهر الزنا في القوانين الوضعية^(١)

ذكر القانون الايطالي اسباب التفريق الجسماني ومنها الزنا :

ايطاليا م ١٥١ : زنا احد الزوجين .

اليونان م ١٤٣٩ : يجوز لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق بسبب زنا الزوج الاخر او زواجه مرة ثانية . ولا تقبل دعوى الزوج الذي حصل الزنا او الزواج الثاني برضائه .

انكلترا م ١ : من قانون ١٩٥٠ حددت اسباب الطلاق ومنها الزنا ولا فرق بين زنا الرجل وزنا المرأة .

والطلاق للزنا اول ما طبق في انكلترا كان عام ١٨٥٧ حيث صدر اول قانون يبيح طلب الطلاق للزنا وهو السبب الوحيد لانه ورد في انجيل متى حيث كان الشعور سائدا بعدم مخالفة تعاليم المسيحية ولكن انكلترا وهي تدبر بالبروتستانت وهذا المذهب يميز الطلاق للزنا .

(١) لا يوجد تشريع لا يقر الزنا كسب للطلاق إلا الدول التي تحرم الطلاق ومنها ايطاليا : م ١٣٧٢ سويسرا : ولا فرق بين زنا الزوج او الزوجة فكلاهما في درجة واحدة من الخطورة من حيث اثره في انهاء الزواج . ومع ذلك فن الناحية الجنائية توجد هذه التفرقة في اليونان وفرنسا فقرة ١٠٨٦ .

يوغوسلافيا م ٥٧ : يحق لاحد الزوجين طلب الطلاق بسبب زنا الزوج الآخر .

بلجيكا م ٢٢٩ : زنا الزوجة ٢٣٠ زنا الزوج في منزل الزوجية .

تركيا م ١٢٩ : يجوز لكل من الزوجين ان يرفع طلباً بالطلاق بسبب الزنا ولا تسمع الدعوى اذا صفح احدهما عن الآخر .

المانيا م ٤٢ : من قانون سنة ١٩٤٦ ف ٢ نص القانون الالماني على حق أحد الزوجين بطلب الطلاق اذا ما ارتكب شريكه جريمة الزنا وقد ذكرت المادة ٤٢ بأن الزوج لا يستطيع ان يطلب الطلاق بسبب زنا زوجته اذا وافق عليه او سهل ارتكابه او جعله ممكنا بسلوكه المقصود .

التطبيق للزنا في القانون الفرنسي :

ان الزنا يعد اخلاصا بواجب الاخلاص الزوجي الذي يلتزم به الزوجان بمجرد عقد الزواج فاذا ارتكب احدهما جريمة الزنا كان للطرف الاخر الحق في طلب التطلق من القاضي .

والزنا من الاسباب المزممة للقاضي بالتفريق فليس له حق التقدير في تأثير ذلك على الزواج بل كل ما يفعله القاضي ان يتأكد من وقوع الزنا او عدم وقوعه . على ان جريمة الزنا ولو تمت لا تعتبر سبباً للطلاق اذا كان ذلك بموافقة الزوج الاخر ، لان مناط التفريق هو الاخلال بالارتباط الزوجي لا مخالفة القانون فلو تم زنا احد الزوجين بمعرفة الاخر او بتجريضه لا يكون سبباً للتفريق .

وقد نص على ذلك في القانون الفرنسي في مادتين ٢٢٩ و ٢٣٠ .

م ٢٢٩ : يجوز للزوج ان يطلب الطلاق لسبب زنا زوجته .

م ٢٣٠ : يجوز للزوجة ان تطلب الطلاق لسبب زنا زوجها .

• • •

الاجتهاد القضائي

و الزنا سبب قاطع للطلاق فليس للقاضي في هذا الشأن اية سلطة تقديرية ولا يجوز له على الاخص ان يقيم وزنا لدعوى عدم وجود قصد جنائي ولا لحسن النية او الخطأ القانوني من الزوج المدعى عليه ^(١) :

وان زنا الزوج كزنا الزوجة كلاهما سبب قاطع للطلاق ومن ثم ليس للقاضي اية سلطة تقديرية في هذا الشأن بل عليه ان يحكم بالطلاق بمجرد ثبوت الزنا ^(٢) :
اما زنا الزوج في حالة اختلال قواه العقلية فلا يكون سبباً للطلاق او
الفرقة ^(٣) :

وقد توسع القضاء اكثر من ذلك فاعتبر الشروع في الزنا او قيام صداقة بين الزوج وشخص آخر (من جنس مختلف) من اسباب الطلاق لانها تعد اخلاقاً بالتزام الاخلاص الزوجي ^(٤) .

• • •

(١) دالوز ١٩٣٧ - ١ - ١٥ .

(٢) مرجع القضاء ص ١٤١ .

(٣) محكمة كان ٣١ ديسمبر ١٨٨٩ .

(٤) الاحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٢٩٠ للدكتور الشرفاوي .

مقارنة بين الشريعة الإسلامية وبقية الشرائع والقوانين

قلنا ان نظام اللعان في الاسلام شرعه الله للزوج اذا اتهم زوجته وعجز عن اثبات جريمة الزنا فيحلف اربعة ايمان على ذلك وترد الزوجة التهمة بايمان مثلها . ان في هذا النظام لمحات من العناية الالهية لهذه الاسرة المنكوبة بهذه التهمة لترفع عنها نظرة المجتمع القاسية وسخط الاجيال المقبلة .

كان من السهل جداً ان تعتبر ايمان الزوج بمثابة شهادة على ارتكاب الزوجة ما اتهمها به وتعاقب الزوجة كزانية ولكن للاسلام حكمة تشريعية خالدة في هذا النظام يريد ان يحفظ لهذه الاسرة وما فيها من أولاد السمعة الطيبة . ان في هذا لبلاغ لقوم يعقلون .

فالاسلام حريص على بناء الاسرة لانها النواة الاولى في بناء المجتمع فشرع هذا النظام ليتخلص الزوج من زوجته ومن الاعباء المالية فاعطى الزوجة حق الدفاع فلا يستطيع شخص ان يتهمها بالزنا لانها رفعت الشبهة عن نفسها بايمانها حينما نفت هذه التهمة وعلى أقل تقدير فان جريمة الزنا لم تثبت ولو قضاء وامام الناس .

اما في الشرائع الاخرى فلا تفريق الا بعد ثبوت جريمة الزنا ثبوتاً كاملاً لا ريب فيه ، بعد ان يصدر حكم امام المحكمة تدين به الزاني وتثبت الوقائع المادية أن احد الزوجين ارتكب الزنا فيفرق القاضي بينهما .

انه العار الذي حاول الاسلام تخفيف وطأته بل رفع اثمه عن الزوجين بقدر المستطاع حفظاً للاسرة وللأولاد في المستقبل .

وأخيراً أسوقها كلمة صريحة لمن يحارب نظام الطلاق في الإسلام رعاية
للأولاد وخشية أن تملأ الشوارع من المشردين كأن الطلاق مدرسة المشردين
يتخرج منها الوف الاطفال في كل يوم . كلمة صريحة أقولها لهؤلاء ان خيرا
للمجتمع وللأسرة وللأولاد ان يفتح باب الطلاق كما جاء في الاسلام ويقال
للأولاد اولاد المطلقين من ان يغلق باب الطلاق وتفتح ابواب الزنا ويقال
للأولاد أولاد الزناة ...

الفصل الثاني

الظهار في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

كان الظهار قبل الاسلام فرقة من فرق ازواج لدى العرب بل كان اقصى انواع الفرق واشدها ضرراً بالمرأة فكان الرجل اذا كره امرأته ولم يرد ان يتزوج بغيره ظاهر منها فتصبح لاذات زوج ولا خليه تنكح غيره^(١) .

فلما جاء الاسلام تمشياً مع مبادئه العامة في رفع الظلم عن الناس وتوخياً لمصلحة المرأة ودفع الضرر عنها ابقى اصل الظهار ، ونقل حكمه الى تحريم مؤقت بالكفارة غير مذيّل للنكاح^(٢) : فما هو الظهار .

(١) نهاية المحتاج ١٦٥/٦ ، الخرشني ٢٤١/٣ .

(٢) قال في البدائع ٢٣٤/٣ : كان الظهار طلاق القوم في الجاهلية فنقله الشرع من تحريم المحل الى تحريم الفعل فكانت حرمة الفعل في المظاهر منها مع بقاء النكاح كحرمة الفعل في المطلقة بعد زوال النكاح .

المبحث الاول

تعريف الظهار ومصدره وحدته الشرعية

تعريف الظهار :

لغة : الظهار لغة هو مصدر ظاهر يقال : ظاهر زيد عمرا اذا قابل ظهره بظهره حقيقة .

وشرعاً : هو ان يقول الزوج لزوجته انت علي كظهر امي ^(١) .
قال صاحب الفتح ^(٢) : الظهار : هو تشبيه الزوجة او جزءاً منها سائغ او معبر به عن الكل بما لا يحل النظر اليه من المحرمة على التأبيد ولو برضاع أو صهرية .
وقال في الانصاف ^(٣) : الظهار : هو ان يشبه امرأته او عضواً منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد او بعضو منها من نسب او رضاع .

وعرفه ابن عرفة ^(٤) : الظهار : تشبيه زوج زوجته حل وطؤه اياها بمحرم منه او بظهر اجنبية في تمتعه بها .

وقال صاحب التاج المذهب ^(٥) : لفظ مخصوص يوجب تحريم الاستمتاع والنظر بشهوة ، ويرتفع بالكفارة وما في حكمها .
وعرفه في شرح النيل ^(٦) .

(١) مختصر المزني ١٢٠/٤ .

(٢) الفتح القدير ٢٢٥/٣ .

(٣) الانصاف ١٣٩/٩ .

(٤) شرح الحرشي ٢٤٢/٣ .

(٥) التاج المذهب ٢٤٣/٢ .

(٦) النيل ٣٩٤/٣ .

الظهار : هو تشبيه المسلم المكلف من محل له أو جزءها بظهر محرم أو جزء آخر وان بصهر أو رضاع .

وقال النسفي في الكنز^(١) : الظهار : هو تشبيه المنكوحة بمحرمة عليه على التأييد .

وعرفه فضيلة الشيخ احمد ابراهيم رحمه الله : الظهار تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا بنسب أو رضاع أو مصاهرة^(٢) .

مصدر الظهار — القرآن والسنة :

قال الله تعالى في سورة المجادلة^(٣) :

الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم ، ان امهاتهم الا اللاتي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا ، وان الله لغفور رحيم . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتامسا ذلكم توعدون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتامسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب اليم .

(١) تبين الحقائق الزيلعي ٢/٣ .

(٢) الاحوال الشخصية احمد ابراهيم ص ٣٤١ .

(٣) سورة المجادلة

(٤) سبب النزول : روى المفسرون ان اول ظهار في الاسلام كان ظهار اوس بن الصامت من امرأته خولة بنت ثعلبة ، فجاءت النبي صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقالت : انه اكل شباتي وفرشت له بطني فلما كبر سني ظاهر مني ولي صبية صغار ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم اليّ جاعوا وكان عليه السلام يقول لها : اتقي الله فانه ابن عمك فابرحت حتى نزل قوله تعالى : قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما الى آخر سورة المجادلة . راجع : تفسير القاسمي ١٦/١٠٩ فتح الباري ١٣/٩٨ النيل ٣/٣٩٤ المذهب الخمسة ص ١٩٥ الحرشي ٣/٢٤١ بداية المجتهد ٢/٦٣ الزيلعي ٣/٣ .

وعن ابن عباس^(١) : ان رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني ظاهرت من امرأتى ف وقعت عليها قبل ان اكفر . فقال رسول الله : « لا تقربها حتى تفعل ما امر الله عز وجل » .

• • •

حكم الظهار او صفته الشرعية :

حرم الاسلام الظهار لانه منكر من القول ولان فيه اضرار بالمرأة المظاهر منها حيث تصبح لا هي زوجة ولا هي مطلقة ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام . قال في نهاية المحتاج^(٢) : . . وهو حرام بل كبيرة لان فيه اقدماً على احالة حكم الله وتبديله . ولذا سماه الله تعالى منكراً من القول وزوراً في اول سورة المجادلة .

وقال السبكي : انه من الكبائر .

وقال السيوطي في الاكلیل^(٣) : في هـ . الآية حكم الظهار وانه على الكبائر .

وقال في النيل^(٤) : حكم الظهار انه كبيرة من الكبائر لان الله تعالى وصف

مطلق الظهار بانه منكر وزور .

• • •

(١) المحلى ٥٥/١٠ وقال ابن حزم : فوجب الوقوف عند أمره .

(٢) نهاية المحتاج ١٦٥/٦ .

(٣) نقل هذا الكلام العلامة القاسمي في تفسيره ٥٧٠٩/١٦ .

(٤) النيل ٣٩٤/٣ .

المبحث الثاني

أركان الظهار

- ١ - مظاهر
- ٢ - مظاهر منها
- ٣ - صيغة
- ٤ - مشبه به .

١ - مظاهر :

ويصح الظهار من كل زوج مكاف يصح طلاقه . واختلفوا في فاقد القصد
اختلفهم في طلاقه .
فلا يصح ظهار الصبي والمجنون والمغمى عليه والمكره عند الشافعية^(١) :
والزيدية^(٢) والاباضية^(٣) والجعفرية^(٤) والاحناف^(٥) وعند الحنابلة يصح ظهار

(١) مفتي المحتاج ٣/٣٥٢ .

(٢) التاج المذهب ٢/٢٤٣ وقالوا : لا يصح من المكره ما لم ينوه .

(٣) شرح النيل ٣/٣٩٤ .

(٤) المختصر النافع ٢٢٩ وقال في الروضة الهبة ٢/١٧٢ ولا يقع إلا بالبلوغ والعقل
وجاء في من لا يضره الفقيه ٤/٣٤٤ : ولا ظهار في غضب ومثل ذلك جاء في الاستبصار ٣/٢٥٨
الكافي ٢/١٢٧ .

(٥) البدائع ٣/٢٣٠ وجاء فيه لصحة الظهار : الا يكون مقتوها ولا مدهوشاً ولا
مغمى عليه . البدائع ٣/٣١ .

الصبي على الأصح^(١) .

وأما العاجز عن الوطاء : فعند المالكية قولان :

قال ابن القاسم يصح ظهاره وهو مذهب الشافعي والجعفري والزيدية .

وقال أصبغ وسحنون : لا يصح ظهاره .

وأما ظهار السكران : فالذين أجازوا طلاقه أجازوا ظهاره .

فلا يصح ظهاره عند الزيدية ولا عند المذنبين من الشافعية خلافاً للإمام الشافعي

فانه أجاز ظهاره^(٢) .

...

(١) المغني ٥٥٤/٨ الشرح الكبير ٥٦٥/٨ الانصاف ١٩٧/٩ وقال : ويصح ظهار الصبي حيث صححنا طلاقه قال في عيون المسائل : سوى الامام أحمد بينه وبين الطلاق وقال في القواعد الاصولية : اكثر الاصحاب على صحة ظهاره .
(٢) مختصر المزي ١١٦/٤ .

هل يصحظهار المرأة

إذا قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أمي هل يعتبر هذاظهاراً ؟

قال أبو يوسف : يصحظهارها ويجب عليه كفارة الظهار .

وقال محمد : لا يصح من المرأة ظهار الرجل .

وقال الحسن بن زياد : لما بلغه قول الامامين : هما شيخا الفقه اخطأ عليهما كفارة اليمين إذا وطئها زوجها^(١) . فعلى مذهب الحسن يلزمها كفارة يمين فكأنها قالت لزوجها : والله لا جامعتني .

والاصل في الخلاف :

اختلافهم في حقيقة الظهار هل هو كالطلاق او كاليمين فمن جعله كالطلاق قال لا يصح ولا يلزم به شيء وبه قال مالك والشافعي .

ومن جعله كاليمين اوجب عليها كفارة الظهار ومنهم من اوجب عليها كفارة يمين .

والخلاصة في ظهار المرأة ثلاثة اراء :

(١) اشهرها انه لا يكون منها ظهار مالك والشافعي والزيدية والحنابلة^(٢)

(٢) على الزوجة كفارة يمين . رأي الحسن .

(٣) يصح الظهار وعليها كفارة ظهار رأي أبي يوسف والاباضية^(٣) : على الاشهر .

(١) البدائع .

(٢) بداية المجتهد ١٦/٢ التاج المذهب ٢/٢٤٢ الانصاف ٩/٢٠٠ وان قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أمي . لم تكن مظهرة وعليها بدمه كفارة ظهار ، وعليها التمكن قبل التكفير .

(٣) جاء في النيل ٣/٣٩٩ في باب الظهار : وظهار المرأة أن تشبه زوجها بمن لا يمل لها من الرجال ... كأن تقول أنت كأمي او كالمشركين والحاصل : انها كالرجل فيمكن خلاقاً ووفقاً وجاء في م ٣/٤٠١ : او قالت هو كأماها او بنتها او غيرها من النساء التي لا يملن لها لو كن رجالاً او من النساء اللاتي يملن لو كن رجالاً فهو ظهار . وقيل يمين .

وجاء في المحلى^(١) : وعن الزهري في امرأة قالت لزوجها : هو عليها كأبيها فقال الزهري : قالت منكراً من القول وزور فترى ان تكفر بعق رقبة أو بصوم شهرين متتابعين أو تطعم ستين مسكيناً ولا يحول بينها وبين زوجها ان يطأها . وهو قول الاوزاعي وحسن البصري والحسن بن زياد اللؤلؤي .

• • •

٢ - مظاهر منها :

ويقع الظهار على كل زوجة بصح طلاقها^(٢) وبذلك يصح الظهار من الصغيرة والمريضة والرتقاء والذمية ، قبل الدخول أو بعده .

واما المطلقة رجعيّاً فالذي اجاز الطلاق في العدة قال يصح ظهار الرجل من امرأته المطلقة رجعيّاً ما دامت في العدة . واما الذين قالوا ان الطلاق لا يتبع الطلاق فقالوا لا يصح الظهار على المرأة المطلقة رجعيّاً^(٣)

وقد اشترط الجعفرية ان تكون طاهراً من الحيض فقالوا :

يشترط كونها طاهراً من الحيض والنفاس وغير حامل وان لا يكون قد قربها في ذلك الطهر^(٤) .

وجاء في كتب الحديث الصحاح عند الجعفرية^(٥) :

عن ابي جعفر عليه السلام : لا يكون ظهار الا على طهر بغير جهاع بشهادة شاهدين مسلمين .

(١) المحلى ١٠/٥٤ .

(٢) مغني المحتاج ٣/٣٥٢ المحلى ١٠/٥٥ الحرثي ٣/٢٤٢ الروض النضير ٤/١٨١ .

(٣) التاج المذهب ٢/٢٤٣ قال ولا يصح مظاهره المطلقة رجعيّاً والفسوخة ، ومن قال ان الطلاق يتبع الطلاق صحح ظهار المعتدة من الرجعي .

أقول الجمهور من الزيدية على ان الطلاق لا يتبع الطلاق .

(٤) الروضة البهية ٢/١٧١ المختصر النافع ٢٢٩ ، المذهب الخمسة ١٩٥ .

(٥) الخافي ٢/١٢٧ الاستبصار ٣/٢٥٨ ، الفقيه ٥/٣٤٥ .

٣ - صيغة الظهار :

الظهار اما ان يكون بلفظ صريح او بلفظ كناية ..
وعلى هذا فالظهار : صريح وكناية .
فالصريح كأن يقول الرجل لزوجته انت علي كظهر امي .
والكناية : اذا قال لها انت علي كأمي .
والفرق بين الصريح والكناية في الحكم ان الكناية لا يقع الا بالنية ويصدق
لدى القضاء انه ما اراد بهذا اللفظ معنى الظهار من حيث التحريم بل اراد مثلاً
بقوله انت علي كأمي بالكرامة او الشفقة او المحبة .
ولا خلاف بين الفقهاء^(١) : في لفظ الصريح وأنه يلزم حكمه ولو لم ينو
شيئاً لان الصريح لا يحتاج الى نية ، انما اختلفوا في الفاظ الكناية فبعضهم
يعتبر لفظاً ما انه كناية وبعضهم يعده صريحاً .
قال الأحناف في مجمع الأنهر^(٢) : اللفظ الصريح : انت علي كظهر امي
اي لا يحتمل غير الظهار سواء نواه ام نوى طلاقاً او ايلاء او لم ينو فلا يكون
الظهار لانه صريح .
اما لو قال لها انت علي مثل امي : فان نوى الكرامة صدق وان نوى
الظهار فظهار او نوى الطلاق فطلاق .
وقال الشافعية في معنى المحتاج^(٣) :
صريحة : ان يقول لزوجته انت علي او مني او معي او عندي كظهر
امي ، او انت كظهر امي .

(١) قال ابن حزم ٤٩/١٠ : ومن قال لامرأته أنت علي كظهر أمي او قال لها : انت
مني بظهر امي او مثل ظهر امي فلا شيء عليه ، ولا يحرم بذلك وطؤها عليه حتى يكرر القول
بذلك مرة أخرى فاذا قالها مرة ثانية وجبت عليه كفارة الظهار .

(٢) مجمع الأنهر ٢٥٦/١ والدر المختار ٥٩٢/٢ .

(٣) معنى المحتاج ٣٥٣/٣ .

وكناية : كما لو قال لها : انت كأمي : فان قصد الظهار كان ظهاراً والا فلا كما لو قصد كرامة .

وقال الحنابلة ان قال : انت علي كأمي او مثل أمي كان مظاهراً على الصحيح من المذهب .

وعن احمد ليس بظهار .

وقال صاحب الانصاف^(١) : والذي يصح عندي في قياس المذهب : ان وجدت نية او قرينة تدل على الظهار فهو ظهار والا فلا .

اما ان قال : اردت كأمي في الكرامة او نحوه جاز ذلك ديانة وأما قضاء فروايتان .

وقال الزيدية^(٢) : صريحة : قول زوج مكلف ظاهرتك او انت مظهرة . وكناية : انت علي كأمي .

وقال المالكية^(٣) : اذا قال لها انت علي كظهر أمي واراد به الطلاق وجاء مستفتياً فانه لا ينصرف اليه ويلزمه الظهار .

اما الكناية فانه اذا نوى بها الطلاق لزمه الطلاق في الفتيا والقضاء .

وقال الاباضية^(٤) : وان قال هي كأمه او مثلها وقال : اردت محبة او برأ وشفقة وكل الى دينه وان لم يقل ارادت كذا حكم عليه بالظهار الا ان ظهرت قرينه تدل على انه اراد غير الظهار .

الاشهاد :

استلزم الجعفرية الاشهاد في الظهار والا كان لاغياً .

(١) الانصاف راجع فتاوي ابن تيمية ١٢٥/٤ .

(٢) التاج المذهب ٢٤٣/٢ .

(٣) شرح الخرشي ٢٤٥/٤ .

(٤) شرح النيل ٣٩٥/٣ .

جاء في الروضة البهية^(١) : ولا بد من حضور شاهدين يسمعان الصيغة ، كالطلاق ، فلو ظاهر ولم يسمعه الشاهدان وقع لاغياً .
وجاء في الاستبصار^(٢) في حديث لابي جعفر ووجدته ايضاً في الكافي^(٣) وفي من لا يحضره الفقيه^(٤) من حديث طويل : لاظهار الا بشهادة شاهدين مسلمين .

٤ - المذهب :

المشبه به هو ظهر الام . فلا خلاف بين الفقهاء في أن من شبه امراته بظهر امه كان مظاهراً . ولكن الخلاف فيما لو شبهها بغير ذلك سواء بعضو من امه غير ظهرها او شبهها بغير امه .
قال الظاهرية لا يكون ظهاراً الا بلفظ الظهر والام .
وقال الجمهور : يكون الظهار بكل عضو يحرم النظر اليه .
وقال ابن حزم^(٥) : ولا يجب الظهار الا بظهر الام لا بغيره من الاعضاء . ولا يجب الظهار من غير الام لا من أب ولا من أخت ، لقوله تعالى : الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتكم .. وقوله والذين يظاهرون من نسائهم ..
قال الشافعية في مغنى المحتاج^(٦) والمذهب : اطراد التشبيه في كل محرم من نسب او رضاع او مصاهرة لمساواتهن الام في التجريم المؤبد .

(١) الروضة البهية ١٧٢/٢ .

(٢) الاستبصار ٢٥٨/٣ .

(٣) الكافي ١٢٧/٣ .

(٤) من لا يحضره الفقيه ص ٣٤٥ .

(٥) المحلى ٤٩/١٠ .

(٦) مغنى المحتاج ٣٥٠/٣ .

واليه ذهب الخابلة على الصحيح من المذهب^(١) والجعفرية على الأشهر^(٢) والاحناف^(٣) : والاباضية^(٤) : والمالكية^(٥) : والزيدية^(٦) .

والقول الثاني عند الشافعية المنع لو ورد النص في الام فقط .

ويشترط في المشبه به حرمة التأييد فلو شبه زوجته باختها فلاظهار لانها لاتشبه الام ، في التحريم المؤبد فان حرمة اخت الزوجة موقته وتزول بزوال زوجته اختها فاذا ما طلق اختها فله ان يتزوجها .

قال بهذا الشافعية والاحناف^(٧) والجعفرية^(٨) والاباضية^(٩) :

وخالف مالك : قال في بداية المجتهد : واما لو شبه زوجته بأجنبية لانحرم

عليه على التأييد فانه ظهار عند مالك . وقام ابن الماجشون : لاظهار .

• • •

(١) الانصاف ١٩٣/٩ لو قال لزوجته انت علي كظهر ابني فلي روايتين : احدهما : هو ظهار وهو المذهب جزم به في الوجيز وقدمه في الغرر . والثانية : ليس بظهار : اختاره ابن حامد وابو الخطاب والشيرازي والانصاف ١٩٥/٩ .

(٢) الروضة البهية ١٦٩/٢ وقال : على ان يكون يلفظ الظاهر لاغيره .

(٣) مجمع الأنهر ٤٥٤/١ والزيلعي ٢/٣ .

(٤) النبل ٣٩٤/٣ .

(٥) بداية المجتهد ٦٣/٢ .

(٦) الروض النضير .

(٧) قال في البدائع ٢٣٣/٣ .

(٨) المختصر النافع ص ٢٢٩ .

(٩) قال في النبل ٣٩٤/٣ : لو قال لزوجته انت علي كظهر المشركت يريد الحقيقة

والاستغراق فهو ظهار لأن حقيقة المشركة لا تخل أبداً . اما ان اراد مشركة بعينها فلاظهار لانها قد تؤمن فتحل له .

المبحث الثالث

آثار الظهار - حرمة الاستمتاع حتى التكفير

(١) حرمة الاستمتاع

مضى ظاهر الرجل من امرأته حرم عليه وطؤها حتى يكفر كما جاء في القرآن^(١) والحكمة في تلك الكفارة كما يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة^(٢) :
هو منع العبث بالعلاقة الزوجية ، ومنع ظلم المرأة ، فان الذين يصنعون ذلك يقصدون به الكيد لها .

هل مجرم ما عدا الوطء على المظاهر :
الجمهور^(٣) : على انه مجرم على الزوج اذا ظاهر من زوجته الوطء ومقدماته

(١) قال الخنابلة : اذا مضى الوقت زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة - المغني ٨/١٩٠ الانصاف ٩/١٩٥ اقول : وهذا لا خلاف فيه .

(٢) الأحوال الشخصية قسم الزواج ص

(٣) شرح الخرشي ٣/٢٤٨ ، البدائع ٣/٢٣٥ وجاء في التاج المذهب ٢/٢٤٨ ويمرر بالظهار الوطء ومقدماته من تقبيل ولس ونظر بشرة منه اليها لا منها اليه فلا يجرم عليها حتى يكفرا وينقضي وقت المؤقت فان كان الظهار مطلقاً حتى يكفر وان كان مؤقتاً حتى ينتفي الوقت وجاء في المحلى ١/٩٠ ، ولا يحل له ان يطأها ولا أن يسها بشيء من بدنه فضلاً عن الوطء إلا حتى يكفر .

من ثقيل ولمس ونظر بشهوه حتى يكفر .
ولم يخالف في مقدمات الوطء الا رواية عن احمد^(١) ورواية عن الجعفرية^(٢) .
وقد نقل ابن رشد في بداية المجتهد^(٣) ، قال الشافعي : انما يحرم الظهار
الوطء فقط . واورده حجة لا علم له بها ولكني وجدت ان مذهب الشافعي
كالجمهور في تحريم الوطء ومقدماته .
جاء في معنى المحتاج^(٤) : وكذا يحرم عليه المس ونحوها كالمقبلة بشهوة لان
ذلك قد يدعو إلى الوطء او يقضي اليه .

دور الزوجة في الظهار

شكوى الزوجة في الظهار :
بما ان الظهار يحرم على الرجل ان يطأ امرأته فيجب على الزوجة ان تمكنه
من نفسها قبل ان يكفر والا كانت تشاركه في معصية الله .
فاذا امتنع الزوج المظاهر عن التكفير وضجرت الزوجة بذلك فلها ان
ترفع الامر للقاضي والقاضي يطالبه بالتكفير والعودة الى زوجته او يأمره
بالطلاق رفعاً للظلم .
قال الاحناف في مجمع الانهر^(٥) : وينبغي لها ان تمنع نفسها منه الى ان

(١) ذكر في المغني روايتان عن أحمد ٥٦٧/٨ الرواية الاولى اختارها ابو بكر
والثانية : قال أحمد أرجو ألا يكون به بأس . الإنصاف ٢٠٤/٩ .

(٢) في الروضة البهية ١٧٢/٢ : أن غير الوطء ان ضروب الاستمتاع لا يحن عليه
وهو أحد القولين .

(٣) بداية المجتهد ٦٥/٢ .

(٤) معنى المحتاج ٣٥٧/٣ .

(٥) مجمع الانهر ٤٥٤/١ والبداية ٢٣٤/٣ وقال في تنوير الابصار ٥٩٢/٢ وعليها
ان تمنعه من الاستمتاع حتى يكفر وعلى القاضي الزامه به .

يُكْفَر وتطالبه بالكفارة . وسيجبره القاضي عليها بالحبس ثم بالضرب ان ابي دفعاً للضرر عنها .

وقال الحرشي ^(١) : وعلى الزوجة منعه لانه اعانه على معصية فان خشيت منه على نفسها رفعت امرها للحاكم فيمنعه من وطئها ويؤدبه ان اراد ذلك .

وقال الجعفرية في الروضة البهية ^(٢) : ولو ماطل بالعود او التكفير رافعته الى الحاكم فينظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة حتى يكفر ويقيء اي يرجع عن الظهار مقدماً للرجعة على الكفارة ، او يطلق ويجبره على ذلك بعد المدة . فان لم يختار احدهما ضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يختار احدهما ولا يجبره على احدهما عيناً ، ولا يطلق عنه كما لا يعترضه لو صبرت .

وقال الزيدية في التاج المذهب ^(٣) : واذا وقع الظهار على الزوجة كان لها طلب رفع التحريم عند الحاكم . فيحبس الزوج ان امتنع عن التكفير ان لم يطلب فان طلقها فلا حبس ولا كفارة .

هل يجوز الوطء قبل التكفير

الوطء قبل التكفير : قلنا انه لايجوز للمظاهر ان يوطأ زوجته حتى يكفر ، ولكن لو خالف ذلك ووطأ زوجته فما هو الحكم في هذه الحالة ؟ . قالوا : اذا وطأ قبل التكفير اثم فلا تسقط عنه الكفارة ويجب عليه ان يمتنع حتى يكفر . قال الحنابلة ^(٤) : اذا وطئ قبل التكفير اثم واستقرت عليه الكفارة .

(١) الحرشي ٢٤٨/٣ .

(٢) الروضة البهية ١٧٤/٢ راجع المختصر النافع ص ٢٢٩ .

(٣) التاج المذهب ٢٤٨/٢ .

(٤) المفتي ٥٧٢/٨ الانصاف ٢٠/٩ .

وقال الجعفرية ^(١) : ولو وطئ قبل التكفير عامداً فكفارتان ، احدهما للوطء ، واخرى للظهار وهي الواجبة بالعزم . فان وطئ المظاهرة قبل العود والتكفير ... كف عن ذلك واثم ولزمه الاستغفار .

وقال الزيدية ^(٢) : ولا يجوز له الاستمرار على الوطء حتى يكفر بعد العودة لاتلزمه الكفارة لهذا الوطء ولا يكون عوداً .

وقال الاحناف ^(٣) : فلو وطأ المظاهر قبل التكفير فليس عليه غير الاستغفار للوطء الحرام والكفارة الاولى الواجبة بالظهار . ولا يعود لوطئها ثانية حتى يكفر . وقال سعيد بن جبير تجب عليه كفارتان .

وقال ابراهيم النخعي ثلاث كفارات ^(٤) .

متي يكون التكفير : قال الفقهاء لا تجب الكفارة دون العود لقوله تعالى : « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة » وهو نص في معنى الوجوب .

ولكنهم اختلفوا في المراد بالعود هل هو الامساك ام العزم على الوطء ام هو الوطء نفسه ؟ ..

قال الجمهور ان العود : هو العزم على الوطء .

قال بذلك الاحناف والجعفرية والزيدية والرواية الصحيحة عند مالك ^(٥) ،

(١) الروضة البهية ١٧٢/٢ .

(٢) التاج المذهب ٢٤٨/٢ .

(٣) مجمع الانهر ١/٤٥٤ .

(٤) الزيلعي ٣/٣ وحجة من قال لاتلزمه الا كفارة واحدة ماروى عن مسلم بن حمز حين واقع امرأته قبل ان يكفر فقال له النبي عليه السلام : استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر رواه ابو داود وابن ماجه والنسائي والترمذي .

(٥) الروضة البهية ١٧٢/٢ ، التاج المذهب وجاء في كتب الحديث لدى الجعفرية في حديث طويل : الذي يكفر قبل ان يواقع هو الذي يقول أنت على كظهر أمي . الحديث في التهذيب ٢٥٣/٢ وايضاً في الاستبصار ٣/٦٠ .

وقال احمد (٦) : العود هو نفس الوطء وقد انكر على مالك فيما ذهب اليه مع الجمهور ان العود هو العزم على الوطء .

ومن الغريب ان نجد ابن رشد ينقل رأي احمد خلاف ما ذهب اليه ، فيقول ان مذهب احمد تفسير العود : بالعزم على الوطء .

وقال الشافعي : العود هو الامساك نفسه ، قال ومن مضى له زمان يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت على انه لا يريد الطلاق وانه عائد ولهذا تلزمه الكفارة فان اقامته دون تطبيق دليل على ارادته الامساك والعودة .

وقال الظاهرية : العود هو ان يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه .

الكفارة :

كفارة الظهار كما جاءت في القرآن الكريم في آية الظهار : «والذين يظاهرون.. هي على الترتيب الاعتاق ، ثم الصيام ، ثم الاطعام .

والاعتاق ، إعتاق رقبة . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فمن لم يستطع الصيام فليطعمهم ستين مسكيناً (١) .

(١) البدائع ٣/٢٢٥ التاج المذهب ٢/٢٤٨ الوجيز للقرطبي ٢/٨١ ابن عابدين ٢/٩٤
بداية المجتهد ٢/٦٨ .

الفصل الثالث

الإيلاء في الشريعة الإسلامية

تمهيد :

كان الإيلاء في الجاهلية طلاقاً ، فجاء الإسلام فجعله يميناً ، فالرجل اذا حلف على ان لا يوطأ زوجته ، كان فيه من الظلم والضرر للزوجة مما لا يحتمل لان الحياة الزوجية تقوم على التعاطف والتحابب ، ولا يكون هذا في حال هجر الزوج زوجته ، ولهذا فقد وضع الشارع احكاماً تنصف المرأة المظلومة من هذا التعسف فأوجب على الزوج ان يعود الى زوجته بعد ان يكفر عن يمينه .
وقد اختلفت المذاهب في الإيلاء هل تقع به الفرقة بمجرد مضي اربعة اشهر على اليمين ، ام لا بيد من الطلاق وما هي المدة التي حددها الشارع حتى يعتبر اليمين إيلاء ؟

وسنعرض في بحثنا هذا لتعريف الإيلاء حسب ما جاء في مختلف الآراء ، ثم اركان الإيلاء ، وما يستلزم لتوافرها ، ثم نذكر آثاره على عقد الزواج .

المبحث الاول

تعريف الایلاء ومصدره وصفته الشرعية

الایلاء لغة : الحلف .

وشرعا : الحلف على عدم قربان الزوج زوجته .

جاء في المنهاج^(١) : الایلاء : هو حلف زوج يصح طلاقه ليمتنع (عن زوجته) مطلقاً او فوق اربعة اشهر .

وفي تبیین الحقائق^(٢) : اليمين على ترك وطء المنكوحة اربعة اشهر او اكثر .

وفي المغني^(٣) الحلف على ترك وطء المرأة .

وفي شرح الخرشي^(٤) : حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه .

وفي اللمعة الدمشقية^(٥) : الحلف على ترك وطء الزوجة الدائمة ابدا او مطلقا او زيادة على اربعة اشهر للاضرار بها .

وجاء في شرح النيل^(٦) : الایلاء : الكلام المانع من وطء الزوجة .

(١) مغني المحتاج ٣/٣٤٣ .

(٢) تبیین الحقائق ٢/٢٦١ .

(٣) المغني ٨/٥٠٦ .

(٤) شرح الخرشي ٣/٢٢٩ .

(٥) اللمعة الدمشقية ٢/١٧٥ .

(٦) شرح النيل ٣/٤٤٢ .

وفي المجموع للإمام زيد (١) : الایلاء القسم وهو الحلف فاذا حلف الرجل ان لا يقرب امرأته اربعة اشهر او اكثر من ذلك فهو مؤل وان كان دون الاربعة فليس بمؤل .

وفي المحلى (٢) : الایلاء : ان يحلف ان لا يوطأ امرأته وان لا يجمعها وایاها فراش او بيت .

مصدر تشريعه :

الاصل في الایلاء قوله تعالى : للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر ، فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم .
بينت الآية الكريمة حكم الایلاء ونسخت ما كان عليه العرب في الجاهلية من انهم كانوا يطلقون بالایلاء فجعلت مدة اربعة اشهر لمن يولى من امرأته اقصى ما يمكن ان تصبر عليه المرأة . ويجب على المؤلى ان يحث خلال هذه المدة ويكفر عن يمينه ليعود الى زوجته التي ظلمها بترك حقوقها .

فان فاء الرجل وعاد الى زوجته فان الله غفور رحيم يغفر له ، لان الفينة توبة واستغفاراً لما اقدم عليه ، وان عزم الطلاق فليراقب الله فيما يفعل لان الله سميع عليم .

جاء في تفسير المنار (٣) : اي فليراقبوا الله عالمين انه سميع لا يلائهم وطلاقهم ، عليم بذمتهم فيه ، فان كانوا يريدون به ايذاء النساء ومضارتهن فهو يتولى عقابهم .

(١) المجموع للإمام زيد ١/١٨٦ .

(٢) المحلى ١٠/٤٢ .

(٣) تفسير المنار ٣/٢٦٩ .

صفته :

الايلاء فيه ظلم وايداء للمرأة ولهذا فانه حرام حيث يمنع عن زوجته
حقاً ثبت له بموجب عقد الزواج .
قال في الانصاف ^(١) : « الايلاء محرم في ظاهر كلام الاصحاب ، لانه يمين
على ترك واجب » .
وقال في مغني المحتاج ^(٢) : « وهو حرام للايداء » .

• • •

(١) الانصاف ١٦٩/١

(٢) مغني المحتاج ٣/٣٤٤

المبحث الثاني

أركان الإيلاء

للإيلاء أركان لا بد منها لتحقيقه وهي : -
١) حالف ٢) محلوف به ٣) محلوف عليه ٤) زوجة ٥) صيغة ٦) مدة

١ - الحالف :

يصح الإيلاء من كل زوج يصح طلاقه بلا خلاف .
واختلفوا في إيلاء العاجز عن الوطء^(١) :
قال الحنابلة والمالكية والشافعية والاباضية :
يشترط الإيلاء من زوج قادر على الوطء لأن الإيلاء معناه الحلف على
ترك الوطء فإذا كان الزوج عاجزاً عن قربان زوجته فلا تنعقد يمينه .
جاء في الشرح الكبير^(٢) : « وأما العاجز عن الوطء فإن كان لغيب غير
مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح إيلاؤه ، لأنها يمين على ترك مستحيل فلم
تنعقد ، لأن الإيلاء . اليمين المانعة من الوطء وهذا لا يمنع يمين لأنه متعذر ولا
تضر المرأة بيمينه » .

(١) جاء في تفسير أبي السعود ٣٧/٢ الطبعة الاميرية : « كل زوج يتصور منه الوقاع
وكان تصرفه معتبراً في الشرع فإنه يصح منه الإيلاء » .
(٢) الشرح الكبير ٥٣٠/٨ .

وقال الحرشي : « المجبوب والحصى والشيخ الفاني والعنين ... لا ينعقد ، منهم ايلاء » .

وفي معنى المحتاج ^(٢) : « ان العاجز عى الوطاء ان شفاؤه مرجوا فيصح ايلأؤه والا فلا يصح » .

وقال في شرح النيل ^(٣) : وتعليقاً على قول صاحب المتن : يتصور وطئه : اخرج بقوله : الشيخ الفاني او الطفل .
وقال الاحناف والجعفرية : يجوز الايلاء من كل زوج ولو كان غير قادر على الوطاء .

جاء في الروضة البهية ^(٤) : « ويصح الايلاء من الحصى والمجبوب وفيئه العزم على الوطاء » .

وجاء في العناية ^(٥) : « من آلى وهو مريض وتم اربعة أشهر وهو مريض ، وفيؤه ان يقول بلسانه فتمت اليها فات ذلك يسقط الايلاء عندنا » .

٢ - مخلوف به :

هل ينعقد الايلاء بكل يمين ام لا ينعقد الا باسم الله ، أو بصفة من صفاته ؟ .
قال الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والاباضية ينعقد الايلاء بكل يمين .

وقال الجعفرية والظاهرية والزيدية : لا ينعقد الا باسم الله .

(١) شرح الحرشي ١٢٩/٣ .

(٢) معنى المحتاج ٣/٤٤٣ بتصرف قليل .

(٣) شرح النيل ٣/٤٤٢ .

(٤) الروضة البهية ٢/١٧٧ .

(٥) العناية على الهداية على هامش فتح القدير ٣/١٩٥ .

الرأي الأول :

جاء في فتح القدير^(١) : الایلاء هو اليمين على ترك قربان الزوجة اربعة اشهر فصاعدا بالله او يتعلق ما يستبشقه على القربان .

وقال الحرشي^(٢) : « الایلاء حلف المسلم المكلف باسم الله او صفة من صفاته النفسية او المعنوية ، او ما فيه التزام عتق او طلاق او صوم او غير ذلك » . وفي معنى المحتاج^(٣) : « الجديد عند الشافعي انه لا يختص بالحلف بالله أو بصفة من صفاته بل لو علق به طلاقاً أو عتقاً كان مولياً . »

وفي المغني^(٤) : — الایلاء : « ان يحلف بالله أو بصفة من صفاته اما ان حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل ان حلف بطلاق أو عتاق ففيه روايتان : (١) — لا يكون مولياً .

(٢) — يكون مولياً ، لما روى عن ابن عباس انه قال : كل يمين منعت جماعها فهي ايلاء وبذلك قال الشعبي والنخعي .

وجاء في شرح النيل^(٥) : الایلاء : الكلام المانع من وطء الزوجة . . . فدخل ما لا حلف فيه مثل ان يقول : ان تصدق بكذا ، او على كذا زكوا أو عتق او طلاق ان مستتها .

• • •

(١) فتح القدير ١٨٢/٣ .

(٢) شرح الحرشي ٢٢٩/٣ .

(٣) معنى المحتاج ٣/٣٤٤ .

(٤) المغني ٨/٥٠٣ .

(٥) شرح النيل ٣/٤٤٢ .

الرأي الثاني :

في الروضة البهية^(١) : « لا ينعقد الا باسم الله لقوله صلى الله عليه وسلم : من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت^(٢) » :
وفي المحلى^(٣) : « الايلاء : » ان يحلف بالله او باسم من اسمائه فهو مولى ، والا فان حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة فليس مولى ، وعليه الادب لانه حلف بما لا يجوز الحلف به .
وفي التاج المذهب^(٤) : « ان تكون اليمين قسماً والقسم هو ان يحلف بالله تعالى او بصفة من صفاته .. »

اذا ترك الوطء بدون عین فهل يعتبر مولى ؟ ...

قال الجمهور : اذا ترك الوطء بغير عین فلا يلزمه حكم الايلاء .
قال في مغنى المحتاج^(٥) : لو امتنع بلا عین لم يكن مولى .
وعند الاحناف يعتبر اليمين ركناً في الايلاء فلا يصح بدونه كما جاء في فتح القدير^(٦) : واما ركنه فهو الحلف المذكور .
اما مالك فقال ان قصد الاضرار فهو مولى ولو لم يحلف .
جاء في بداية المجتهد^(٧) : يلزمه اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم يحلف على ذلك لان الضرر يوجد في الحالتين جميعاً .
وفي الانصاف^(٨) : اذا امسك بغير عین لم يكن مولى ، لكن ان

(١) الروضة البهية ١٧٥/٢ المختصر النافع ٢١٣ .

(٢) مجمع البيان ١٢٨/٢ .

(٣) المحلى ٤٠/١٠ .

(٤) التاج المذهب ٢٥٣/٢ .

(٥) مغنى المحتاج ٣/٣٤٥ .

(٦) فتح القدير ١٨٢/٣ .

(٧) بداية المجتهد ٦١/٢ .

(٨) الانصاف ٢٧٠/٩ .

تركه مضرا بها من غير عذر ، فهل تضرب له مدة الايلاء ويحكم له بحكمه ؟..
على روايتين .

٣ - المحلوف عليه :

المحلوف عليه في الايلاء هو عدم قربان الزوج زوجته سواء كان في ذلك مصلحة للزوجة ام للزوج .

وقال المالكية ان كان في عدم الوطء مصلحة للزوجة فهو ايلاء .
قال الدسوقي^(١) : « فاذا حلف لا يوطأ زوجته ما دامت ترضع او حتى تفتطم ولدها او مدة الرضاع فلا ايلاء عليه عند مالك .
وقال اصبع يكون موليا .

قال اللخمي : وقول اصبع اوفق بالقياس . لكن المعتمد قول مالك من انه لا يكون موليا .

وقال : وهو مقيد بما اذا قصد بحلفه على ترك الوطء اصلاح الولد او لم يقصد شيئا والا فان قصد بحلفه مجرد الامتناع فمول .

وقد روي عن علي بن ابي طالب : ليس في اصلاح ايلاء^(٢) .

ولم تفرق بقية المذاهب بين قصد اصلاح وغيره .

جاء في المحلى^(٣) : الايلاء . « ان يحلف ان لا يوطأ امرأته سواء في غضب او لاصلاح او غيره » .

وقال في التاج المذهب^(٤) : « وينعقد ولو كان ترك الوطء لمصلحته كما لو كان يضره الجماع او لمصلحتها كالوضع مثلا فانه ينعقد الايلاء » .

(١) الدسوقي ٢/٥٠٠ .

(٢) المغني ٨/٥٢٤ .

(٣) المحلى ١٠/٤٢ .

(٤) التاج المذهب ٢/٢٥٣ .

وفي المغنى^(١) : « اما اذا حلف ان لا يطأها حتى تقطم ولده فان أراد وقتاً للفظام وكانت مدته تزيد على اربعة اشهر فهو مؤل ، وان اراد فعل الفطام لم يكن مولياً ، لانه يمكن قبل الاربعة الاشهر وليس بحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن مولياً » .
وفي شرح النبل^(٢) : « فلو قال : والله لا امسها لثلا يهزل جسمي او لبرودة الماء عليّ لكان ايلاء » .

٤ - زوجة :

يشترط في المولى منها ان تكون زوجة للمولى فلو حلف على اجنبية ان لا يطأها فلا ايلاء . اما المطلقة الرجعية فقد اختلف الفقهاء في الايلاء منها هل ينعقد ام لا . ومنشأ خلافهم هو الخلاف حول الطلاق في العدة فمن قال ان الطلاق يتبع الطلاق قال ينعقد الايلاء على المطلقة رجعيّاً ومن قال ان الطلاق لا يتبع الطلاق قال لا ايلاء على المطلقة رجعيّاً .
وكذلك اختلفوا في الصغيرة التي لا تطبق الوطء والمعيبة بعيب جنسي يحول دون الاتصال هل ينعقد اليمين عليها ام لا ؟ ...

قال الشافعية في معنى المحتاج^(٣) : « ولو آلى من رتقاء او قرناء لم يصح الايلاء على المذهب لانه لا يتحقق منه قصد الايذاء والاضرار لامتناع الامر في نفسه » .

وقال الحنابلة في المغنى^(٤) : « فأما الرتقاء والقرناء فلا يصح الايلاء منها لان الوطء متعاً و دائماً فلم تنعقد اليمين على تركه » .

(١) المغنى ٥٢٤/٨ .

(٢) شرح النبل ٤٤٨/٣ .

(٣) مغنى المحتاج ٣٤٤/٣ .

(٤) المغنى ٥٢٣/٨ .

وقال الزيدية في التاج المذهب^(١) :

« ويصح الايلاء من الزوجة ولو كانت صغيرة مدخولة بها ام لاصحيتها ام رتقاء » .

وقال المالكية في شرح الدسوقي^(٢) :

« ينعقد الايلاء اذا امكن الوقاع من جهة ولو كانت رتقاء او غفلاء او صغيرة لا تطيق او غير مدخول بها » .

وقال الاحناف في تبين الحقائق^(٣) اثناء مناقشة من اشترط في الزوجة الا تكون رتقاء ...

قال « ولان النص يقتضي صحة الايلاء من النساء مطلقاً غير مقيد بوصف القدرة على الجماع » .

. . .

٥ - الصيغة :

واما صيغة الايلاء فهي على نوعين : لفظ صريح لا يحتمل معنى آخر كقوله لها والله لاجامعتك . او بلفظ كناية يحتمل اكثر من معنى كقوله والله لا أمسك . وحكم الكناية كما مر معنا في الطلاق انه لا ينعقد به اليمين الابالنية . والخلاف الذي مر معنا في وقوع الطلاق بلفظ الكناية او عدم وقوعه قال به الفقهاء في الايلاء ايضاً فليراجع .

٦ - مدة الايلاء :

اختلف الفقهاء في مقدار مدة الايلاء على اربعة اقوال :

(١) التاج المذهب ٢/ ٢٥٣ .

(٢) شرح الدسوقي ٢/ ٤٩٩ .

(٣) تبين الحقائق ٢/ ٢٦٧ .

(١) القول الاول :

قول ابن عباس انه لا يكون مولياً حتى يحلف على ان لا يطاها ابداً^(١)

(٢) القول الثاني :

قول الحسن البصري واسحاق ان اي مدة حلف عليها كان مولياً وان كانت يوماً، على ان يتركها اربعة أشهر .

وبهذا القول اخذ الظاهرية^(٢) :

(٣) القول الثالث :

قول الثوري : انه لا يكون مولياً حتى يحلف على ان لا يطاها اربعة اشهر . او فيما زاد .

وبه قال الاحناف^(٣) والزيدية^(٤) :

(٤) القول الرابع :

قول سعيد بن جبير والاوزاعي انه لا يكون مولياً حتى تزيد المدة على اربعة اشهر .

وبه قال الشافعي ومالك واحمد والجعفرية^(٥) .

...

(١) تفسير أبي السعود ٣٦٢/٢ .

(٢) المحلى ٤٢/١٠ .

(٣) مجمع الأنهر ٤٤١/١ .

(٤) الروض النضير ١٨٧/٤ .

(٥) معني المحتاج ٣٤٣/٣ بدايه المجتهد ٦١/٢ الشرح الكبير ٥١١/٨ الانصاف

١٧٢/٩ المختصر النافع ٢٣١ .

المبحث الثالث

اثار الایلاء

إذا انعقد الایلاء صحیحاً واستوفی أركانه السابقة فعلى الزوج الفیء الى زوجته ، فیجامعها بعد ان یکفر عن حنثه لان هجر الزوجة لا یجوز .

اما اذا لم یفعل ومضت اربعة اشهر فقد اختلفت الاراء : قال الاحناف : تبین الزوجة بضمیها بطلقة بائنة ، دون توقف على طلب الزوجة التفريق من الحاكم .

وقال الجمهور : اذا مضت اربعة شهور وطالبت الزوجة بالفیء اوقفه الحاكم فاما ان یفیی فیعود الى زوجته ، واما ان یطلق . والطلاق رجعی .

وقال الظاهرية : اذا حلف الزوج على عدم قربان زوجته فالحاكم یلزمه ان یفیی ولو لم تطلب المرأة .

وعلى هذا سنبیث ثلاثة أمور :

- (١) مطالبة الزوجة بالفیء
- (٢) متى تقع الفرقة
- (٣) هل الفرقة طلاق یاثن ام رجعی .

أولاً — مطالبة الزوجة بالفیء :

قال الله تعالى : فان فاءوا فان الله غفور رحیم .

قال الفراء^(١) : الفیء : ان یرجع الى اهله فیجامع .

(١) معاني القرآن ١/ ١٤٥ .

فعلى الزوج اذا آلى من زوجته ان يعود اليها بعد ان يكفر عن يمينه لقوله عليه السلام : من حلف على يمين فرأى غيره خيرا منه فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه^(١) ولا يؤاخذ الله بتلك اليمين بل يغفر له ويرحمه .

وللزوجة اذا ماضت مدة الاربعة اشهر ان تطالب زوجها بالفيء عند جمهور الفقهاء^(٢) . الا اذا كان بها عذر يمنع الوطء فيمتنع عليها المطالبة لان الوطء يمتنع من جهتها كما ليس لها المطالبة بالطلاق . لانه انما يستحق عند امتناعه من النفقة الواجبة ولم يجب عليه شيء^(٣) .

فان كان بالزوج عذر يمنعه من الوطء من مرض او احرام فالفيء حينئذ يكون بقوله : متى قدرت جامعتها لان القصد بالفيء ترك ما قصده من الاضرار وقد ترك قصد الاضرار^(٤) .

(١) تفسير القاسمي ٥٧٨/٣ والكفارة هي اطعام عشرة مساكين ، أو كسوتهم أو تحرير رقبة ، فإن لم يجد شيئا فصيام ثلاثة أيام .

(٢) ومدة الأربعة الاشهر مدة تضرر المرأة بتأخير الوطء فيها . روي عن عمر أنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول : -

تطاول هذا الليل وازور جانبه	وليس إلى جنبي خليل الأعابه
فوالله لولا الله لاشي غيره	لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني	وأكرم علي أن تنال مراكمه

فقال عمر كم تصبر المرأة عن الزوج فقيل له : تصبر شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينفذ الصبر : فكتب إلى أمراء الاجناد أن لا يجسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة اشهر . ملاحظة ، في البيت الاول : خليل : بمعنى الزوج ، النرح الكبير ٥١١/٨ .

(٣) المغني ٥٣٢/٨ الحرشي ٢٣٧/٣ .

(٤) مغني المحتاج ٣٥٠/٣ المحلى ٤٢/١٠ التاج المذهب ٢٥٧/٢ .

ثانياً — متى تنفع الفرقة بالاباء :

اختلف الفقهاء على خمسة اقوال :

(١) قال الاحناف والاباضية :

اذا مضت الاربعة الاشهر ولم يفىء الى زوجته بانث منه بنفس مضي المدة .
جاء في بداية المبتدىء^(١) : وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانث
منه بتطبيقه .

وفي شرح النيل^(٢) : وان لم يمسه حتى مضت اربعة اشهر بانث .

(٢) وقال الظاهرية :

يلزم الحاكم المولي بالفىء ولو لم تطلب منه الزوجة فان أبى اجبره الحاكم
على احد الامرين الفىء او الطلاق ولا يطلق عليه .

(٣) وقال الجعفرية :

لا يجوز للقاضي ان يطلق زوجة المولى ولو لم يفىء اليها ولكن اذا طلبت
الزوجة الفىء فالقاضي يحل الزوج اربعة اشهر ابتداء من مطالبة الزوجة لامن
وقت الحلف فان أبى الفىء او الطلاق حبسه حتى يفعل .

جاء في الروضة البهية^(٣) : « واذا رافعته انظره الحاكم اربعة اشهر من حين
المرافعة لا من حين الحلف فان اصر على الامتناع حبسه ولا يطلق عليه » .
ويشترط المرافعة من المرأة لانه حقها .

(٤) وقال الزيدية :

اذا مضت اربعة اشهر على الايلاء وطالبت الزوج بالفىء او الطلاق فالقاضي
يجبره على احد الامرين ولا يطلق عليه .

(١) بداية المبتدى ١٨٤/٣ .

(٢) شرح النيل ٤٤٢/٣ .

(٣) الروضة البهية ٢٥٦/٢ .

جاء في التاج المذهب^(١) : «ورافعتها بعد مضي الأربعة الأشهر... والمحبس الزوج ان امتنع حتى يطلب او يفىء» .

هـ) وقال المالكية والشافعية والحنابلة :

إذا مضت أربعة أشهر ولم يفىء إلى زوجته ورفعت الزوجة أمرها إلى القاضي فإنه يأمره بالفىء أو الطلاق . فإن أبى وطأ البت الزوجة بالطلاق طلق القاضي عليه .

قال الخرشي^(٢) : «ان المولى إذا طلبت منه زوجته الحرة المطيقة للوطء الفيه . فإن امتنع من الوطء ومن الطلاق فإن الحاكم يوقع عليه طلقه» .

وفي الشرح الكبير^(٣) : «إذا امتنع المولى من الفيه بعد التربص أو امتنع المذخور بلسانه .. وطأ البت المرأة فللقاضي ان يجبره على الطلاق فإن امتنع طلق عليه القاضي» .

وفي رواية عن احمد : «ليس للحاكم الطلاق عليه بل يحبس ويضيق عليه^(٤)» . وفي المغني^(٥) : «ليس للحاكم ان يأمر بالطلاق . ولا يطلق الا ان تطلب المرأة ذلك لانه حق لها . وانما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون الا عند طلبها» .

وفي المنهاج^(٦) : «وان أبى الفيه والطلاق فلا يظهر ان القاضي يطلق عليه طلقه» . مناقشة :

وسبب الخلاف بين من يطلب منه القاضي التفريق ومن يحبس حتى يفرق

(١) التاج المذهب ٢/٢٥٦ .

(٢) شرح الخرشي ٣/٢٣٨ .

(٣) الشرح الكبير ٨/٥٥٠ .

(٤) المغني ٨/٥٤٠ .

(٥) المصدر السابق ٨/٥٤٢ .

(٦) مغني المحتاج ٣/٣٥١ .

هو معارضة الأصل المعروف في الطلاق انه لا يطلق الا الزوج ، للمصلحة التي
توجب رفع الضرر عن الزوجة بتطبيق القاضي .
فمن اجاز للقاضي التطليق لرفع الضرر ، قال : يطلق القاضي في كل حالة امتنع
فيها الزوج عن الطلاق وكان في امتناعه ضرر للزوجة ومن قال : لا طلاق الا
بيد الرجل لم يجز للقاضي التطليق على الزوج (١) .

منافسة اصحاب الرأي الاول والاخير (٢)

ان منشأ الخلاف بين الرأيين هو خلافهم في تفسير قوله تعالى : « الذين
يؤلون من نساءهم تربص اربعة اشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا
الطلاق فان الله سميع عليم » .

فأصحاب الرأي الاول قالوا ان الفء او الطلاق يجب ان يكون اثناء
مدة الإيلاء .

وقال اصحاب الرأي الاخير ان الفء او الطلاق يكون بعد مضي المدة .
أدلة اصحاب الرأي الاول الذين قالوا ان الفرقة تقع بمضي مدة الإيلاء
اذا لم يفء الى الزوجة دون حاجة الى تطليق الحاكم او طلاق الرجل .
(١) قوله تعالى : « فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان
الله سميع عليم » .

فالفاء هنا للتعقيب اي ان يمين الزوج يعقبه احد امرين اما الفء واما عزيمة
الطلاق وبما ان الفء لا يكون الا خلال المدة دون خلاف فكذلك يجب ان
يكون الطلاق خلال مدة الإيلاء ولا مبرر للفرقة بينهما حتى نقول ان الفء

(١) بداية المجتهد

(٢) المغني ٥٢٤/٨ ، المحلى ٤٢/١٠ ، بداية المجتهد ٦٠/٢ ، مجمع البيان ١٢٨/٢

معني المحتاج ٢٤٩/٣ فتح القدير ١٨٤/٣ - ١٨٥ .

يجب أن يكون خلال مدة الإيلاء والطلاق بعد مضيتها .

(٢) قال الله تعالى في مستهل هذه الآية: «الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر» . وقال تعالى في آية أخرى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فكما ان الفرقة تقع بمضي الاقراء الثلاثة في الآية الثانية فكذلك يجب ان تقع الفرقة بمضي مدة الايلاء في الآية الاولى .
اما اذا قلنا انه لا يقع الطلاق بمضي المدة كانت مدة التربص اكثر مما نص عليه القرآن وهو اربعة اشهر فقد يغيب المولى عن زوجته اكثر من ذلك وقد لا ترفع الزوجة امرها الى القاضي وهذا يخالف ما جاء في القرآن حيث حدد مدة التربص المذكورة .

• • •

ادلة اصحاب الوأبي الاخير الذين قالوا ان الفرقة لا تقع بمضي المدة بل لا بد من طلاق الرجل او تطليق القاضي .

(١) قال الله تعالى : « فان فاءوا فان الله غفور رحيم » ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » . فالفاء هنا للتعقيب فحكم الفء او الطلاق يجب ان يكون عند انقضاء الاشهر الاربعة . لان قوله تعالى : « الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » دل على امرين : الايلاء والتربص ، والفاء جاءت عقب ذلك فلا بد ان يكون الفء او الطلاق بعد ذلك ^(١) .

(٢) قوله تعالى : « وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » صريح بأن الطلاق لا يكون الا بإيقاع الرجل حين يعزم عليه فلو وقع الطلاق بمضي المدة لم يحتاج الى عزم عليه بعد وقوعه .

(٣) ظاهر قوله تعالى : « فان فاءوا فان الله غفور رحيم » ، وان عزموا

(١) فقه القرآن والسنة حن مأمون ١٤٤ .

الطلاق فان الله سميع عليم . انه تخيير بين امرين في وقت واحد ، أما على قول ابي حنيفة فالقء يقع في المدة اما الطلاق فيقع بمضي المدة فتغاير الوقتان . (٤) ان قصد المضارة لا يتحقق الا بمضي المدة التي حددها القرآن للايلاء فاذا ترك الرجل قربان زوجته اقل من اربعة اشهر لا يعتبر ضاراً بالزوجة ، أما اذا مضت المدة المذكورة تحقق الضرر فيؤمر بالقء او بالطلاق .

والرأي الاخير على ما يبدو اقوى حجة واقرب للمصلحة وفي هذا يقول استاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف ^(١) : « ان رأي الجمهور اقوى واصح دليلاً ، او قد يكون من الخير مفاتحة الزوج فيما حدث منه من عيى ، وامتناع عن قربان زوجته ، وذلك بعد مضي المدة فيراجع الزوج نفسه ، ويدرك خطأه ، وذلك خير من فصر عرى الزوجية بمجرد مضي المدة ، فلا تجدي المفاتحة ولا النصح ولا الارشاد ، ولكن في عدم وقوع الطلاق بضيها تهيئة فرصة يستطيع فيها الزوج اصلاح ما افسد » .

ثالثاً — هل الفرفة بالايلاء ، طلاق بائى ام رجعي ؟ .

قال الاحناف والزيدية والاباضية : ان الطلاق الذي يقع بالايلاء طلاق بائن .

جاء في تنوير الابصار ^(٢) : « وحكمه وقوع طلقة بائنة » .
وفي المجموع للامام زيد ^(٣) : « فان عزم الطلاق كانت تطليقة بائنة » .
وفي شرح النيل ^(٤) : « والايلاء طلاق واحد ان لم ينوا كثر ولا يملك رجعتها » .

(١) فرق الزواج ص ٢٤٩ .

(٢) تنوير الابصار ٥٦٢/٢ .

(٣) المجموع ١٨٨/٤ .

(٤) شرح النيل ٤٤٢/٣ .

وحجة أصحاب هذا الرأي ان الشارع جعل الفرقة في الایلاء لرفع الظلم والضرر عن الزوجة .

وهذا لا يتحقق الا في الطلاق البائن لا الرجعي .

جاء في حاشية الشلبي^(١) : «عن سعيد بن المسيب : انما وقع بائنا لان الزوج ظلمها حيث منعها حقها المستحق عليه الوطء في المدة فجازاه الشرع بالطلاق عند نص المدة تخليصا عن ضرر التعليق ولا يحصل التخلص بالرجعي فوقع بائنا » . وقال الحنابلة والمالكية والشافعية والجمعونية والظاهرية : ان الایلاء رجعي . جاء في المغني^(٢) : «والطلاق رجعي سواء اوقعه بنفسه او طلق الحاكم عليه . وعن احمد : رواية انه بائن اذا طلق الحاكم ورجعي اذا طلق الزوج » . وفي شرح الحرشي^(٣) : «ان المولى اذا طلق الحاكم عليه زوجته التي دخل بها فله ان يراجعها مادامت العدة باقية » .

وفي نهاية المحتاج ان طلاق المولى طلاق رجعي الا اذا كان قبل الدخول او مكتملاً للثلاث^(٤) .

وفي التهذيب^(٥) : « فان عزم الطلاق فهي واحدة وهو املك برجعتهما » .

وفي المحلى^(٦) : « فان طلقها ثم راجعها فقد سقط عنه حكم الایلاء » .

وسبب الخلاف بين من عد الطلاق بالایلاء بائنا وبين من قال انه طلاق رجعي معارضة المصلحة المقصودة من الایلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل قال انه رجعي ومن غلب المصلحة قال انه بائن^(٧) .

(١) حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٢/٢٦٢ .

(٢) المغني ٨/٥٤٢ .

(٣) شرح الحرشي ٣/٢٤٠ .

(٤) نهاية المحتاج ٦/١٦٥ .

(٥) الاستبصار ٣/٢٥٥ .

(٦) المحلى ١٠/٤٣ .

(٧) بداية المجتهد ٢/٦١ .

جاء في المحلى^(١): «إذا حلف ولو لم يوقت وقتاً فالحاكم يلزمه ان يفىء ووطء امرأته ويؤجل له اربعة اشهر من حين الحلف سواء طلبت المرأة او لم تطلب وضيت او لم ترض .

واذا لم يفىء خلال المدة وهي اربعة اشهر من حين الحلف اجبره الحاكم بالسوط ان يجامع او يطلق او يموت قتيلاً وليس للحاكم ان يطلق عليه .

* * *

الفصل الرابع

الفرقة بتغيير الدين

تمهيد :

الزواج ارتباط بين قلبين قبل ان يكون ارتباطاً بين جسدين . فوحدة الافكار والمشاعر وتلاقي المبادئ والآراء بين الزوجين هو الدعامة الاولى التي يرتكز عليها نظام الزواج . فاذا ما اختلف الزوجان في العقيدة تباعد قلباهما ونشأ عن ذلك اختلاف في كثير من شؤون الاسرة فكل من الزوجين يريد ان يربي اولاده على حسب عقيدته ومبادئه ويصبح لكل منهما اهداف وغايات تختلف عن الآخر وهكذا يصبح كل من الزوجين في معزل عن الآخر في تقاليده وعاداته، في طباعه وخلقه، في سلوكه وتفكيره .

ولئن اجاز الشرع الاسلامي للمسلم ان يتزوج الكتابية ابتداء فلئن هذا معناه قبول احدهما بالآخر على دينه بدينه ووضوح (١) .

اما اذا طرأ تغيير الدين اثناء الحياة الزوجية فالامر يختلف لان تغيير الدين

(١) نتكلم عن تغيير الدين الطاريء بعد الزواج اما تغيير الدين حين الزواج اي اذا كان الزوجان مختلفين ديانة فان كان معروفاً ذلك لدى الطرفين وكان الزوج مسلماً والزوجة كتابية فلا اكراه لان الزوجة رضيت به على خلاف دينها واما العكس فلا يجوز المسئلة ان يتزوج غير المسلم فهذا الامر يتعلق بالنظام العام قانوناً ولان الابناء يلحقون بأبيهم وانه لاولاوية لغير المسلم على المسئلة شرعاً .

معناه الثورة على تلك المبادئ والنظم التي تعاقد عليها الزوجان وفي ظلها
تم الزواج .

والحياة الزوجية ليست ميداناً للصراع الفكري بين الرجل والمرأة حتى
نحكم عليها بالبقاء الابدی رغم تغيير الدين ، وليست رابطة الزوجية رابطة
ابدية لا يجوز فسخها لاي سبب من الاسباب .

ولهذا فان معظم الشرائع والقوانين نصت صراحة على التطليق لتغيير دين
احد الزوجين حتى ان الذين لا يؤمنون بالتفريق بين الزوجين قالوا اذا غير احد
الزوجين دينه وجب الانفصال الجفائي بينهما .

* * *

المبحث الاول

اثر تغيير دين أحد الزوجين على الزواج في الشريعة الإسلامية

وسنبحث في هذا الموضوع حالة تغيير دين أحد الزوجين عن الاسلام في فرع والى الاسلام في فرع آخر :

الفرع الاول : ردة أحد الزوجين .

الفرع الثاني : اسلام أحد الزوجين .

الفرع الأول

ردة أحد الزوجين

إذا ترك أحد الزوجين المسلمين دينه يعتبر مرتدّاً سواء انتقل الى دين سماوي أم لم ينتقل الى دين معين .

وتعتبر الردة في الاسلام بمنزلة الموت لأنها سبب مفض اليه فالمرتد يقتل والمرتدة تحبس حتى تموت الا اذا كان في بقائها خطراً على المسلمين .
وتصرفات المرتد باطلة كلها ولا يجوز ان يتزوج احداً ولهذا ينفسخ نكاحه ان كان زوجاً . وتصرفات المرتدة أيضاً باطلة كلها وينفسخ نكاحها على ماذهب اليه جمهور المسلمين .

ويلاحظ في احكام المرتدين جانب الخروج على نظام الدولة بخروج المرتد

على دين الدولة ومبادئها أكثر من الخروج من دين الى دين بدليل اختلاف احكام المرتد عن احكام المرتدة. فالمرتد يشكل خطراً على الدولة الاسلامية، اما المرتدة فهي اقل اثراً ولهذا لا تقتل بل تحبس الا اذا كانت من ذوات النفوذ وفي بقائها ضرر على المسلمين كما ذكرنا .

فاذا ارتد الزوج فلا يجوز بقاء زوجته على عصمته حيث لا عصمة مع الردة، ولا يجوز بقاء المسلمة زوجة لمرتد لانه لا دين له . وما لا يجوز ابتداء لايجوز بقاء، فكما ان زواج المشرک بالمسلمة لايجوز فكذلك بقاء المسلمة زوجة للمرتد لايجوز .

قال الله تعالى : « لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا واعبدوا من خير من مشركة ولو اعجبتكم » . وكذلك اذا ارتدت الزوجة فلا يجوز بقاءها زوجة للمسلم لانه لايجوز زواج المشركة ابتداء لقوله تعالى : « ولا تنكحوا بعصم الكوافر » . سنبحث أثر الردة على الزواج في الشريعة الاسلامية حيث نجد امامنا حالات ثلاث :

اولاً — اذا ارتد الزوج :

قال الاحناف والزيدية والظاهرية والمالكية : ان الفرقة تقع بين الزوجين بمجرد ردة الزوج لانه لا يقر على فعله ويقتل ان لم يتب . وقال الحنابلة والشافعية والاباضية بذلك ان كانت ردة الزوج قبل الدخول، اما اذا كان بعد الدخول فلا يفرق بينهما الا بانتهاء العدة، فان رجع الى الاسلام خلال ذلك فهي زوجته ، والا فرق بينهما .
وفصل الجعفرية بين من كان مسلماً فأرتد وبين من كان كافراً ثم أسلم فأرتد .

ثانياً — اما اذا ارتدت الزوجة :

قال الاحناف والظاهرية والزيدية : اذا ارتدت الزوجة يفرق بينهما وبين زوجها اثر ردها

وقال المالكية : لا يفرق بينهما اذا قصدت برودتها فسخ نكاحها بل تعامل بنقيض ما قصده وتبقى زوجته، وبهذا افتى بعض المتأخرين من الاحناف .
 اما الجعفرية والحنابلة والاباضية والشافعية فقد فرقوا أيضا بين ما اذا كانت الردة قبل الدخول او بعدها . فاذا ارتدت الزوجة قبل الدخول بانت في الحال وان كان بعد الدخول يتوقف في مدة العدة، فان عادت الاسلام فهي زوجته والا فرق بينهما، والفرقة على كل حال من يوم الردة .

ثالثا — واذا ارتد الزوجان معا :

قال الظاهرية والزيدية : اذا ارتد الزوجان وقعت الفرقة بينهما وبهذا قال الاحناف قياسا ولكنهم استحسنوا فقالوا لا تقع الفرقة استحسانا .
 وقال الزيدية : اذا ارتد الزوجان معاً فهما على نكاحهما لانه لم يختلف دينهما عن بعضهما .
 وقال الشافعية والجعفرية والحنابلة : ان كانت ردتها قبل الدخول فسخ النكاح بينهما ، وان كان بعد الدخول يتوقف فإن عادا الى الاسلام في فترة العدة فهما على نكاحهما والا فرق بينهما .
 وفي مذهب الحنابلة وروايتان في ردة الزوجين بعد الدخول .
 الاحناف : جاء في متن القدوري^(١) : « واذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام وقعت البيئونة^(٢) »

(١) الجوهرة ٢/٢٤ .

(٢) وجاء في الفتاوى الحامدية ١/٩٦ ط ميرى ثانية. سئل : هل تقع الفرقة بنفس الردة أم لابد من قضاء القاضي ؟ فأجاب تقع الفرقة بنفس الردة قال في التنوير والكنز : وارتداد أحدهما فسخ في الحال . وقال قاضيخان في باب الردة : أجمع أصحابنا على أن الردة تبطل عمدة النكاح وتقع الفرقة بينهما بنفس الردة .

وقال صاحب الجوهرة في شرحه في امرأة ارتدت لتفارق زوجها: تقع
الفرقة وتجب على الاسلام وتعزرو .

ولكن المتأخرين من الاحناف افتوا بعدم الوقوع اذا قصدت الزوجة
بردتها فسخ نكاحها معاملة لها بنقيض مقصودها .

جاء في الفتاوى الحانية ^(١) : « في منكوحة ارتدت : حكي عن أبي نصر
وأبي القاسم الصغار انها قالوا لا تقع الفرقة بينهما حتى لا تصل الى مقصودها ان
كان مقصودهما الفرقة » .

وقال الزيلعي ^(٢) : « وبعض مشايخ بلخ وسمرقند كانوا يفتون بعدم وقوع
الفرقة بالردة حسبا لباب المعصية .

وعامتهم يقولون يقع الفسخ ولكن تجبر على النكاح لزوجها بعد الاسلام
لان المقصود يحصل بذلك » .

أما ردة الزوجين معاً :

جاء في البدائع ^(٣) : « اما إذا ارتدا معاً فلا تقع الفرقة بينهما استحساناً حتى
لو اساما معاً فهما على نكاحهما والقياس ان تقع الفرقة وهو قول زفر ^(٤) » .

الزيدية :

جاء في التاج المذهب ^(٥) : « ان ارتد احدهما فانه يفسخ النكاح وتبين الزوجة

(١) الفتاوى الحانية ١/٥٤٦ .

(٢) الزيلعي ٢/١٧٨ .

(٣) البدائع ٢/٢٣٧ .

(٤) وجه القياس ان ردة احدهما تقع بها الفرقة فردتها معانيها ردة احدهما وزيادة .
واما وجه الاستحسان ان العرب في عهد ابي بكر لما ارتدوا ورجعوا الى الاسلام لم يؤمروا
بتجديد أنكحتهم وكان هذا في عصر الصحابة فهو اجماع تركنا القياس لاجله .

(٥) التاج المذهب ٢/٨٠ .

في الحال سواء كانت مدخولا بها أم غير مدخولة .
وجاء في البحر الزخار^(١) : « فان ارتدا معا فلا فسخ إذ لم تختلف ملتهما فلم
قوله صلى الله عليه وسلم : لا تناكح بين اهل ملتين » .

الظاهرية :

جاء في المحلى^(٢) : « اذا ارتد هو ودونها او ارتدت هي ودونه او يرتدا معا ففي
كل هذه الوجوه ينفسخ نكاحهما ... ولا ترجع اليه إلا برضاها » - أي ولو أسلم
وتاب فلا رجعة الا بعقد جديد . -

المالكية :

وقال المالكية : إذا ارتد الزوج فرق بينهما حالا ، ولا رجعة له ولو تاب
وهي في العدة أما إذا ارتدت الزوجة فقارا : ان قامت القرائن على ان غرضها
الاحتيال للخلاص من زوجها فانها لا تبين منه بل تعامل بنقيض قصدها^(٣) .
وقال المواق^(٤) : « وإن أسلم في عدتها فلا رجعة له . وكذلك ردة المرأة (طلقة
بأئنة) وان رجعت إلى الاسلام .

وقد نقل الخطاب عن الشامل^(٥) : لو قصدت برودتها فسخ نكاحها لم يفسخ .
أما إذا لم تقصد فسخ النكاح فالفرقة تقع بينهما بمجرد ردتها عن الاسلام^(٦) .

(١) البحر الزخار ٧٢/٣ .

(٢) المحلى ١٤٣/١٠ .

(٣) ونظراً لقوة هذا الرأي إقتصر أكثر كتب المالكية على ذكره ولكن هذا مقيد
فيا إذا كان قصد الزوجة من ردتها الخلاص من زوجها وإلا بانث أثر ردتها .

(٤) شرح المواق ٤٧٩/٣ .

(٥) مواهب الجليل ٤٨٠/٣ .

(٦) شرح الدردير ٣١٦/٤ . ونقل الدسوقي رواية على بن زياد عن مالك : إذا
ارتدت المرأة تريد بذلك فسخ النكاح فلا يكون ذلك طلاقاً وتبقى على عصمته .

الحنابلة :

جاء في المحرر^(١) : وإذا ارتد الزوجان معاً قبل الدخول أو أحدهما
انفسخ النكاح ...

ولو كانت الردة بعد الدخول فهل تنجز الفرقة أو تقف على انقضاء العدة؟..
على روايتين .

وقال في المغنى^(٢) : اختلفت الرواية عن احمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين
بعد الدخول ...

ففي احدهما تتعجل الفرقة . .

وثانيهما : يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فهي على النكاح
وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان ...

وقال : فان ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما .

وقال في كشف القناع^(٣) : « ويمنع الزوج من وطئها إذا ارتد أو أحدهما
بعد الدخول » .

الشافعية :

جاء في المنهاج^(٤) : « ولو ارتد زوجان أو أحدهما قبل دخول تنجزت الفرقة ،
أو بعده وفتت ، فان جمعها الاسلام في العدة دام النكاح ، والا الفرقة من الردة » .

الجعفرية :

قلنا ان الجعفرية فرقوا في ردة أحد الزوجين بين ما إذا كان مسلماً في

(١) المحرر ٣٠/٢ - وراجع الفروع ٨٤/٣ . والانصاف ٢١٥/٨ .

(٢) المغنى ٥٦٦/٧ .

(٣) كشف القناع ٩٤/٥ .

(٤) مغنى المحتاج ١٩٠/٣ .

الأصل ثم ارتد أو كانت كافراً ثم أسلم ثم رجع إلى دينه .
جاء في تذكرة الفقهاء (١) :

(١) إذا ارتد أحد الزوجين: فإن كان مسلماً أي ولد مسلماً ثم انتقل بعد بلوغه ورشده إلى الكفر فإنه لا تقبل منه توبته ولا رجوعه إلى الإسلام، بل يجب قتله، وتخرج أقواله عنه بنفس الارتداد وتبين منه زوجاته ولو رجع لم يرجع إليه شيء من ماله ولا من منكوحاته بل يحرم من عليه وغيرهن من المسلمات تحريماً مؤبداً وتعتد زوجاته منه عدة الوفاة .

(٢) وإن كان عن غير فطرة فإن كان كافراً فيسلم ثم يرجع إلى الكفر، هنا يستتاب فإن تاب ورجع قبل رجوعه فلا تخرج أمواله عنه ولا منكوحاته بالارتداد بل يحجر عليه في ماله ويفرق بينه وبين منكوحاته فإث رجوع في العدة وهي عدة الطلاق^٢، كان أحق بهن . وإن خرجن من العدة ولم يرجع بن عنه وجاز لهن نكاح غيره .

(٣) أما لو ارتدا معاً : فإنه كالارتداد أحدهما فإن كان قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال وإن كان بعده وقف الفسخ على انقضاء العدة .

الاباضية :

جاء في شرح النيل (٢) : من ارتد زوجاً أو زوجة ثم عاد إلى الإسلام أثناء العدة استمر النكاح بينهما .
وقيل لا بد من أن يجدد عقد النكاح ولو لم تنقض العدة .

• • •

(١) تذكرة الفقهاء ٢/٦٥٨ .

(٢) شرح النيل ٣/١٩٥ .

لنوع الفرقة التي تنفع بالردة

قال الأحناف (١) :

ان ردة الزوجة فسخ بلا خلاف في المذهب اماردة الزوج فهي فسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وطلاق بئن عند محمد .

وقال الشافعية و الحنابلة و الجعفوية و الزيدية و الظاهرية (٢) :
ان ردة أحد الزوجين فسخ للنكاح (٣) :

وقال المالكية (٤) : ان ردة أحد الزوجين طلاق بئن

وقال الحزومي : ان الفرقة طلاق رجعي .

وقال الماجشون ان الفرقة فسخ .

• • •

(١) البدائع ٣٣٧/٢ .

(٢) مغني المحتاج ١٩١/٢ المغني ٥٣٢/٧ الروضة البهية ٩٨/٢ المختصر النافع ٢٠٣ المحلى ١٤٣/١٠ البحر الرخار ٧٠/٣ الدرر البهية ٣٤/٢ - ٢ - المذهب ٥٥/٢ الفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ لأنها فرقة عربت عن لفظ الطلاق ونيته فكانت فسحاً كسائر الفسوخ .

(٣) وقال ابن قدامة في عمدة الحازم ص ١٦٨ وكل فرقة جاءت من الزوج كالخلع وانتقاله عن دينه أو من أجني فحكمه حكم طلاق .

(٤) الدردير ٣١٦/٢ المواقي ٤٧٨/٣ .

الفرع الثاني

اسلام احمد الزوجين

لا يجوز في الشريعة الاسلامية للمسلمة ان تتزوج غير مسلم بلا خلاف . ولكن يجوز للمسلم ان يتزوج كتابية مسيحية كانت او يهودية مع خلاف في بعض المذاهب . ولا يجوز للمسلم ان يتزوج مجوسية . يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة^(١) وان التنافر بين الاسلام والوثنية شديد لا يمكن ان تكون معه في الاحوال العامة عشرة متلازمة متفقة . وكيف تتصور عشرة بين زوجين أحدهما يتقرب الى الله سبحانه بذبح بقرة وتوزيعها صدقات والثاني يتعبد هذه البقرة انه لا يمكن ان تكون عشرة الا اذا كان ثمرة استهواء شديد يفسد دينه فيكون التحريم من هنا .

اما الكتابية فانها في لب الفضائل الاجتماعية تلتقي مع المسلم اذ اصول الاديان السماوية في اصلها واحد .

ومن القواعد العامة في هذا الموضوع انه ما لا يجوز ابتداء لايجوز بقاء وعلى هذا وضعت احكام النكاح والطلاق بين مختلفي الديانة .

وفي اسلام احد الزوجين ثلاث حالات اما ان يسلم الزوج او تسلم الزوجة او ان يسلم الزوجان معاً . وستبحث هذه الحالات الثلاث من حيث اثارها على الفرقة بينها .

(١) آثار الزواج محمد ابو زهرة ص ١٣٥ .

(١) إذا أسلم الزوجان معاً أو أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية (١) :

ولم يكن بينهما سبب من اسباب التحريم ، في هذه الحالة يستمر النكاح بين الزوجين ، لانها ان اسلمت معها فلا اختلاف بينهما في دين . فإن أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية فهذا يجوز ابتداء أي يجوز للمسلم ان يتزوج كتابية ، وما جاز ابتداء . جاز بقاء . ولم يخالف في اسلام زوج الكتابية الا الزيدية على المعتمد عندهم .

جاء في البدائع (٢) : « فان كانا كتابيين فأسلم الزوج فالنكاح بحاله ، لان الكتابية محل لنكاح المسلم ابتداء فكذا بقاء » .

وجاء في المحرر (٣) : « وإذا أسلم الزوجان معاً أو أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما » .

وجاء في المنهاج (٤) : « أسلم كتابي أو غيره وتحتة كتابية استمر نكاحه .. ولو أسلمت معها دام النكاح » .

وفي شرح الخُرشي (٥) : « ان الكافر اذا أسلم وتحتة كتابية فانه يقر على نكاحها توجيهاً للاسلام » .

وفي شرح المواق (٦) : « واجمعوا ان الزوجين اذا أسلمت في حالة واحدة ان لهما البقاء على النكاح الاول ، الا ان يكون بينهما نسب أو رضاع يوجب تحريماً » .

(١) أما لو كانت زوجته غير كتابية عرض الفاضل الاسلام عليها فإن أثبت فرق بينهما على ما ذهب اليه الاحناف . وقال الشافعية والحنابلة تقع الفرقة حالاً إن كان قبل الدخول وإلا ينتظر لانتفاء العدة لعلها تسلم .

(٢) البدائع ٣٣٦/٢ .

(٣) المحرر ٢٨/٢ وفي المغني ٥٣٠/٧ اذا أسلمت معها فهما على النكاح سواء كان قبل

الدخول أو بعده . وكذلك في الإنصاف ٢١٠/٨ .

(٤) مغني المحتاج ٦٩١/٣ .

(٥) شرح الخُرشي ٦٥/٣ .

(٦) شرح المواق ٤٧٨/٣ .

وفي المختصر النافع^(١) : « اذا اسلم زوج الكتابية فهو على نكاحه سواء كان قبل الدخول او بعده » .

وفي الروضة البهية^(٢) : « ولو اسلمها معا يثبت النكاح لانتهاء المقتضى للفسخ » .
وفي المحلى^(٣) : « يفسخ النكاح بعد صحته في حالات منها اختلاف الدينين الا في جهة واحدة وهي ان يسلم الزوج وهي كتابية فانها يبقيان على نكاحهما واذا اسلمها معا فهما على نكاحهما » .

وفي المذهب الزيدي رواية جاءت في المجموع^(٤) : « مارواه الامام زيد عن علي : في اليهودي تسلم امرأته ، ان اسلمها كانا على النكاح وان اسلم هو ولم تسلم امرأته كانا على النكاح^(٥) » .

٢) اما لو اسلمت الزوجة :

اذا اسلمت الزوجة وكان زوجها غير مسلم فيجب التفريق بينهما لانه لا يجوز للمسلمة ان تتزوج غير مسلم شرعاً وقانوناً^(٦) لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا

(١) المختصر النافع ص ٢٠٣ .

(٢) الروضة البهية ٩٨/٢ . يذهب بعض فضلاء الكتاب الى أن زواج المسلم بغير المسلم لا يجوز عند الإمامية وهذا خطأ . مجلة القانون والاقتصاد الممدد ١ س ١ احمد ابراهيم .

(٣) المحلى ١٤٣/٢٠ .

(٤) المجموع ٦٩/٤ .

(٥) وهذا يخالف ما ادعاه صاحب البحر الزخار من أن الاجماع على فسخ النكاح في هذه الحالة . قال في البحر الزخار ٧٠/٣ اذا أسلم أحدهما دون الثاني انفسخ النكاح إجماعاً لقوله عليه السلام : لا تنكح بن أهل ملتين ولعل سبب هذا الاختلاف هو خلافهم حول جواز السلم بالكتابيين .

(٦) يقول الدكتور احمد سلامه ٣١٢/١ وبطبيعة الحال فإذا كانت الزوجة هي التي أسلمت فإن رابطة الزوجية تحل بقوة القانون لأن عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم مسألة من النظام العام .

إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتنعوهن الله اعلم بآيانهن فان علمتوهن مؤمنات فلا ترجعهن الى الكفار لان حل لهن ولا هم يحلون لهن .
ولم يختلف الفقهاء في هذا الا انهم قالوا في الوقت الذي تبين به الزوجة ثلاثة آراء :

- (١) قال الظاهرية: اذا اسلمت الزوجة وقعت الفرقة بين الزوجين في الحال .
- (٢) وقال الاحناف يعرض الاسلام على زوجها فان اسلم فهي زوجته وان ابى فرق بينهما .
- (٣) وفرق الجمهور فيما اذا كان اسلام الزوجة قبل الدخول او بعد الدخول .
- (٤) وقال الزيدية يفرق بينهما باحد امرين اما يمضي مدة العدة او يعرض الاسلام على الزوج واباؤه .

١ - قال الظاهرية :

اذا اسلمت زوجة غير المسلم فالفرقة وقعت بينهما بمجرد اسلامها ولا تحتاج الى عرض الاسلام على زوجها لانه لايجوز بقاؤها تحت غير مسلم .
قال في المحلى^(١): في اسباب فسخ النكاح: ان تسلم وهو كافر كتابي او غير كتابي .
وقال ابن حزم بعد ذلك سواء اسلم زوجها اثر اسلامها ام لم يسلم فلا نكاح بينهما الا انه اذا اسلم فله الزواج بعقد جديد ومهر جديد .

٢ - اما الاحناف :

فقالوا اذا اسلمت الزوجة عرض الاسلام على زوجها فان اسلم فهي زوجته وان ابى فرق بينهما .
جاء في البدائع^(٢): وان اسلمت المرأة لاتقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا

(١) المحلى ١٠/١٤٣ .

(٢) البدائع ٢/٣٣٦ .

ولكن يعرض الاسلام على زوجها فان اسلم بقيا على النكاح ، وان ابى الاسلام
فرق القاضي بينها ، لانه لا يجوز ان تكون المسلمة تحت الكافر ولهذا لم يجوز
نكاح الكافر المسلمة ابتداء فكذا في البقاء عليه .

٣ - وقال الحنابلة والشافعية والمالكية والجعفرية : ان كان اسلام الزوجة
قبل الدخول ففسخ النكاح في الحال بلا خلاف بينهم .

اما ان كان بعد الدخول فيتوقف حتى مضى العدة فان اسلم الزوج خلالها
فهي زوجته وان لم يسلم فرق بينها ^(١) ، مع خلاف يسير :

قال الحنابلة : اما اذا كان بعد الدخول فالمذهب انه يعرض الاسلام على
الزوج مادامت في العدة وهناك روايتان اختار احدهما الحلال والثانية اختارها
ابن تيمية .

جاء في المحرر ^(٢) : وان اسلمت الزوجة .. انفسخ نكاحها اذا لم يكن دخل
بها . وان كان اسلام احدهما بعد الدخول وقف الامر على انقضاء العدة فان
اسلم الثاني قبل انقضاء بقي نكاحها والا تبينا انفساخه منذ اختلف الدينان .
وعنه يفسخ في الحال كما قبل الدخول .

هذه الرواية الثانية عن احمد اختارها الحلال فقد جاء في مسائل الخلاف التي
خالف فيها الحرقي « المسألة ٥٨ » وفيه رواية بتمجيل الفرقه كما لو كان قبل
الدخول اختارها ابو بكر وشيخه لانه اختلاف دين فأوجب الفرقه ^(٣) .

(١) وحجتهم في هذا أننا أمرنا أن نتركهم وما يدينون وفي عرض الاسلام على الزوج
غير المسلم قد يكون فيه شيء من التعرض لحرية دينه ولهذا فبو بالخيار إن شاء أسلم ويرجع الى
زوجته وإن بقي على دينه ومضت العدة بانت امرأته من يوم إسلامها . ولا يجوز أن يقربها
في هذه المدة أبداً . اما الآخرون فقالوا ليس في عرض الإسلام أي تعرض لحرية الاديان
إنما الغاية الابقاء على الرابطة الزوجية ما أمكن الى ذلك سبيلاً .

(٢) المحرر ٢/ ٣٨ .

(٣) مسائل الحلال ص ٤٧ .

وفي الفروع^(١) : واختار شيخنا^(٢) : فيما اذا اسلمت قبله بقاء النكاح قبل الدخول وبعده ما لم تتزوج غيره . والامر في ذلك اليها ولا حكم له عليها ولا حق لها عليه لان الشارع لم يستفصل وهو مصلحة محضة^(٣) .

هذا الرأي لابن تيمية كما يبدو غريبا لان ترك المرأة بدون زوج على هذا الشكل وترك الخيار لها رأي انفرد به وقد حاولت ان اجد هذا النص في فتاوى ابن تيمية فلم اجد له ولكني وجدته في الاختيارات العلمية :

«واذا اسلمت الزوجة والزوج كافر ، ثم اسلم قبل الدخول او بعد الدخول فالنكاح باق ما لم تنكح غيره والامر اليها ولا حكم له عليها ولا حق عليه لان الشارع لم يفعل وهو مصلحة محضة . وكذا ان اسلم قبلها » .

وهذا الرأي قال بمثله صاحب الروض النضير^(٤) قال بعد ان ذكر جميع الاراء ولكن الذي دل عليه حكمه صلى الله عليه وسلم : ان النكاح موقوف فان اسلم قبل انقضاء عدتها فهي زوجته وان انقضت عدتها فلها ان تنكح من شاءت وان احبت انتظرته فان اسلم كانت زوجته من غير حاجة الى تجديد نكاح .

ولا خلاف عند المالكية بان الزوجة تبين من زوجها اذا اسلمت قبل الدخول واما بعد الدخول فيعتبر اسلام الزوج رجعة مادامت في عدة الاستبراء . جاء في شرح الخرشي^(٥) : اذا تقدم اسلامها على اسلامه فالحكم انه يقر عليها اذا اسلم في عدتها ، فان انقضت عدتها قبل اسلامه فقد بان منة .

(١) الفروع ٨٢/٣ .

(٢) هو الإمام تقي الدين ابن تيمية .

(٣) الاختيارات العلمية ص ١٣٣ .

(٤) الروض النضير ٦٧/٤ .

(٥) شرح الخرشي ٦٦/٣ .

وعن ابن القاسم^(١) : ان اسلام الزوج رجعة دون احداث رجعة .
 وقال الجعفرية في المختصر النافع^(٢) : ولو اسلمت زوجته دونه انفسخ في
 الحال ان كان قبل الدخول . ووقف على انقضاء العدة ان كان بعده .
 وقال في الروضة البهية^(٣) : فان انقضت ولم يسلم تبين انها بانء منه حين
 اسلامها . وان اسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح .
 هذا هو المشهور بين الاصحاب وعليه الفتوى .
 ولا خلاف في الشافعية ان الزوجة اذا اسلمت بعد الدخول فللزواج الخيار
 في اسلامه مادامت في عدتها فان اسلم فهي زوجته والا بانء منه وتعتبر الفرقة
 كما جاء في مغنى المحتاج^(٤) من يوم اسلام الزوجة .
 وقال ابن حجر^(٥) : « اذا اسلم في العدة يتزوجها » .
 وجاء في المذهب^(٦) : « وان اسلمت المرأة والزواج يهودي او نصراني فان
 كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، وان كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء
 العدة فان اسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت العدة
 حكم بالفرقة » .

اما الزيدية :

فقد سبق ان ذكرنا لهم رواية في مذهبهم بأن الزوجة الكتابية اذا اسلم
 زوجها فهما على نكاحهما . ولكن المذهب هو انه اذا اسلم احد الزوجين

(١) مواهب الجليل ٤٧٨/٣ .

(٢) المختصر النافع ٢٠٣ وراجع في هذا الموضوع تذكرة الفقهاء ٢/٦٦٠ والاستبصار

١٨١/٣ والتهذيب ٢/٢٠٠ والكافي ٢/٣٨ .

(٣) الروضة البهية ٢/٩٨ .

(٤) مغنى المحتاج ٣/١٩١ .

(٥) فتح الباري ٩/٣٧٠ .

(٦) ٥٥/٢ .

الذمين فان الفرقة بينها لا تقع الا بعد عرض الاسلام على الآخر دون تفرقة بين اسلام الزوجة او اسلام الزوج . أو بمضي مدة العدة على الزوجة .
جاء في التاج المذهب^(١) : « وأما الذمية اذا اسلمت هي او اسلم زوجها فان البينونة تقع بينهما باحد امرين :

(١) اما بمضي مثل العدة لانها لم تكن عدة حقيقية بل مدة انتظار سواء كانت مدخولة ام غير مدخولة .

(٢) او عرض الاسلام على الذي لم يسلم فامتنع فان البينونة تقع بامتناعه ولو لم تمض العدة .

وقيل انه لا يشترط عرض الاسلام على من لم يسلم من الزوجين .
فقد جاء في الروض النضير^(٢) : وذهب المؤيد بالله وخرجه للمذهب الى عدم اشتراط العرض لان كون الشرط شرطاً حكم شرعي وصفي لا يثبت الا بدليل شرعي ، وما ذكر من الدليل اجتهاد صحابي لا ينهض بالحجة^(٣) .

• • •

(١) التاج المذهب ٨٠/٢ .

(٢) الروض النضير ٦٩/٤ .

(٣) اجتهاد الصحابي الذي أشار اليه هو اجتهاد عمر لما رواه ابن سيرين : ان نصرانياً اسلمت امرأتها فقال عمر إن اسلم في امرأتها وان لم يسلم فرق بينها فلم يسلم ففرق بينهما .

الاجتهادات القضائية

الفرقة طلاق وليس بفسخ :

في حكم لمحكمة المنيا^(١) :

(١) الذمية اذا اسلمت وأبى زوجها الذمي الاسلام بعد عرضه عليه فرق القاضي بينها بطلقة بائنة .

(٢) التفريق في هذا المقام تطليق لا فسخ وهو طلاق ينقص العدد بحيث لو اسلم لا يملك عليها الا طلقتين .

لا تقع الفرقة بنفس الاسلام :

في حكم لمحكمة القاهرة^(٢) :

واذا كانت اسلام الزوجة وبقاء زوجها على دينه وامتناعه عن الاسلام موجب للفرقة بينها ، فان الفرقة لا تقع وقت الاسلام ولكن بعده ، لان السبب في الفرقة ليس هو الاسلام وحده وانما السبب فيها امتناع الزوج عن الاسلام وبعد ان تنتهي عدة الزوجة ، لاحتمال اسلام الزوج في اي وقت قبل انتهاء العدة فتظل زوجة له .

أما اذا اسلم الزوج فلا فرقة :

وفي حكم لمحكمة القاهرة^(٣) : اذا عرضت المحكمة الاسلام على الزوج فقبل اعتناق الدين الاسلامي ونطق بالشهادتين وقرر انه بريء من كل دين يخالف

(١) محكمة المنيا الجزئية الشرعية ١٩٥٣/١/٣ .

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/١٢/٢٣ .

(٣) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/٣/١٦ .

الدين الاسلامي لا يكون للزوجة حق في طلب تفريقها منه .

اذا كان الزوج غائباً :

في حكم لمحكمة اللبان الشرعية^(١) : يعرض الاسلام على الزوج باسلام زوجته فاذا كان غائباً غيبة متقطعة وتعذر وصول العرض عليه فرق بينهما .

اذا أبى الاسلام فرق بينهما :

جاء في حكم لمحكمة الجمالية^(٢) : اذا اسلمت الزوجة عرض الاسلام على الزوج فان اسلم بقيت الزوجية بينهما ، والا فرق بينهما لانه لا يحل لغير المسلم ان يفتش المسلمة ، ولا يصح شرعاً ان تبقى من اسلمت في عصمة زوجها الذي أبى الاسلام ، لافرق في التفريق ان كان قبل الدخول او بعده .

في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية^(٣) :

المقرر شرعاً ان الزوجين اذا كانا كتابيين في دار الاسلام واسلم احدهما فان اسلم الزوج فالنكاح باق ، وان اسلمت الزوجة لا تقع الفرقة بنفس الاسلام ، ولكن يعرض الاسلام على الزوج ، فان اسلم بقي النكاح وان أبى فرق بينهما بطلقة بائنة ، سواء أكان ذلك التفريق قبل الدخول او بعده .

(١) محكمة اللبان الشرعية ١٣/٤/١٩٤٦ .

(٢) محكمة الجمالية الجزئية ١٨/ /١٩٤٨ .

(٣) محكمة القاهرة الابتدائية ٣/٩/١٩٥٦ .

ما يعتبر به المرء مسلماً

إذا أسلم أحد الزوجين فهل للمقاضي التدخل لمعرفة سبب إسلامه هل الدافع على ذلك هو الدين أم التلاعب للفش والاحتيال، كما لو أراد التخلص من زوجته؟ .. وبمعنى آخر هل يكتفي القاضي بإسلام أحد الزوجين في الظواهر الخارجية أم أنه يبحث عن البواطن لهذا التغيير .

يرى استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة بعد أن قرر أن الشريعة لا تنظر في الحكم على الشخص بالإسلام إلا بالظاهر يقول^(١) : إن النطق بالشهادتين يجب ألا يقترن بما يدل على التكذيب كأن يعلن شخص إسلامه ، وهو لا ينقطع عن شعائر الدين الذي يعلن أنه تركه أو يعلن إسلامه وهو لا يزال يحمل الصليب فإنه في هذه الأحوال وما يشبهها لا يعد مسلماً ، لأن الشهادة القولية قد اقترنت بها ما يكذبها .

وأنه يجب أن يتنبه القضاء إلى ذلك ، ويتحققه إن بدرت بوادر تعلن مستور أمره وأنه يخفي ما لا يبديه .

ونحن وإن كنا نوافق استاذنا على ما ذهب إليه من أنه إذا اقترنت بالشهادة ما يدل على البقاء على الدين القديم فلا يعتبر مسلماً . إلا أننا نقول إن هذا قل إن يحدث فالذي يعلن إسلامه لا يظهر عليه أي أثر يدل على تمسكه بالدين القديم . وقول استاذنا على القضاء أن يتحقق من ذلك ، فإننا نقول إن ما يبدر من يسلم من بوادر عودته إلى دينه القديم هو أمر طارئ بعد إعلان إسلامه .

ويقول الاستاذ حلمي بطرس في كتاب الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين^(٢) :

(١) الأحوال الشخصية محمد أبو زهرة ص ١٠٠ .

(٢) الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين حلمي بطرس ص ٥٣ .

والواقع ان من يغير ديانته بديانة اخرى لجرد التخلص من التزاماته التي كان قد ارتضاها بمحض اختياره لا يعتنق الديانة الجديدة ، انما يتظاهر بذلك غشاً وكذباً للتحايل على اهدار الحقوق المكتسبة للطرف الاخر .

واقاراره على تصرفه في هذه الحالة ، معناه تشجيع الغش ومعاونة المتلاعبين بالاديان على النهرب من قانونهم الطبيعي الذي قصد المشرع ان تحكم به تصرفاتهم .

هذا يدل على ان قصد المؤلف ان يبحث القاضي في اسلام من يغير ديانته لمعرفة سبب ذلك منعاً للاحتيال . وكأنه يفترض ان كل من يغير دينه لا يقصد الا النهرب من حقوق مكتسبة للطرف الاخر .

وقد حاولت اللجنة الفرعية المكلفة بوضع مشروع قانون للاحوال الشخصية لغير المسلمين وضع مادة بهذا المعنى جاء فيها : لا يكون لتغيير احد الزوجين ديانته غشاً اثناء قيام الزوجية اثر على الزواج ولا على الحقوق والالتزامات المترتبة عليه .

على ان اللجنة العامة للاحوال الشخصية حذفها وكانت موضع نقد شديد من رجال القانون .

وقال الدكتور احمد سلامة^(١) : بعد ان انتقد هذه المادة : وقد يهون الامر اذا كان من اعتنق الاسلام هو الزوج ولكن ماذا يكون عليه القول لو أن التي اسلمت هي الزوجة ، هل تبقى زوجة لغير المسلم مع ان قواعد الشريعة الاسلامية ، التي تصل الى مرتبة النظام العام في هذا الصدد توجب التفريق بينهما .

...

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور احمد سلامة ١/٢٧٠

ونحن نقرر ان اسلام الشخص لا يجوز لاي فرد ان يتدخل فيه لانه امر
نفساني وعلى القاضي الحكم بالظاهر لا بما يخفى عليه .

وهذا ما دلت عليه نصوص الفقهاء واجتهادات المحاكم^(١) .

فقد جاء في فتاوى الرمي^(٢) : سئل هل يشترط في اسلام المرتد التلفظ
بالشهادتين لظاهر حديث بني الاسلام على خمس وغيره .

فأجاب : اذا ادعى على شخص انه ارتد وهو ينكر لم اكشف عن حقيقة حاله
بل اقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمداً رسول الله وان تبرأ من كل دين
يخالف الاسلام .

وافتي السبكي : بأن من تلفظ بالكفر ثم جاء القاضي وتلفظ بالشهادتين كان
له الحكم باسلامه من غير ان يبين له ما صدر منه .

وفي الفتاوى الحامدية^(٣) : هل تكفى الشهادتان ام لا بد من التبرؤ من
كل دين غير الاسلام ؟ ..

جاء في الدر المختار وفتاوى ابن نجيم وافتي التمرثاشي بأنه يحكم باسلامه اذا
تلفظ بالشهادتين وان لم يتبرأ ولم يتابع .

وجاء في شرح الدواني على العقائد العضدية^(٤) .

التلفظ بالشهادتين شرط لاجراء الاحكام في الدنيا فلا بد من التلفظ علانية
وعند الحكم .

(١) جاء في فتاوى الرمي ٤/٤ : والمذهب الذي قطع به الجمهور أن كلمتي الشهادة لا بد
منها ولا يحصل الاسلام إلا بها ومن أنى الشهادتين بكلمة تخالف معتقده حكم باسلامه فإذا قال
لا إله إلا الله جعل مسلماً وعرض عليه شهادة الرسالة . فإن أنكر صار مرتدّاً ، واليهودي
إذا قال محمداً رسول الله حكم باسلامه .

(٢) فتاوى الرمي ٤/٢٠ .

(٣) الفتاوى الحامدية ١/١٠٠ .

(٤) شرح الدواني على العقائد العضدية الطبعة الاولى ١٣٢٢ المطبعة الخيرية وحاشية
الشيخ محمد عبده .

وقال : ولما كانت التصديق امرأ مبطناً اعتبر معه ما يدل عليه وهو التصديق اللساني في الاقرار .

وقال الغزالي في احياء علوم الدين^(١) الدرجة السادسة ان يقول بلسانه لا اله الا الله محمد رسول الله ولكن لم يصدق بقلبه فلانك في ان هذا في حكم الاخرة من الكفار وانه مخلد في النار ولا نشك في انه في حكم الدنيا الذي يتعلق بالائمة والولاة من المسلمين لان قلبه لا يطلع عليه . وفي التحفة العراقية في الاعمال القلبية لابن تيمية^(٢) :

ولهذا كان الاسلام شهادة ان لا اله الا الله وهي متضمنة عبادة الله وحده وترك عبادة ما سواه .

هذه نصوص مختلفة من كتب الفقه والفتاوى والعقائد تثبت على انه ليس للقاضي البحث وراء نية المرء اذا ما اعلن اسلامه ، فالشهادة تكفي لاعلان الاسلام والله سبحانه وتعالى هو الذي يطلع على ما وراء ذلك . وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية^(٣) :

الاعتقاد الديني مسألة نفسانية فلا يمكن لاية جهة قضائية البحث فيها الا عن طريق المظاهر الخارجية فقط .

فاذا ما غير شخص دينه او مذهبه رسمياً فإنه من وقت هذا التغيير لا يعتبر خاضعاً الا لاحكام الدين او المذهب الجديد .

ولا ينبغي للقضاء ايا كانت جهته ان ينظر الا في توافر تلك المظاهر الخارجية الرسمية لاعتماد هذا الدين او المذهب الجديد . واذن فلا يصح التحدي

(١) الاحياء ١١٧/١ طبعة عيسى الباني .

(٢) التحفة العراقية في الاعمال القلبية لابن تيمية ص ٩ المطبعة الخيرية .

(٣) محكمة النقض المصرية ١٢/٣ / ١٩٣٦ المجموعة القانونية ص ١١٨ ج ١

من أحد الزوجين قبل الآخر بان له حقاً مكتسباً في استبقاء عروة الزوجية
معقودة طبقاً للقانون الذي كان يحكم به قبل تغيير الزوج الآخر مذهبه .

وفي حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية^(١) :

لا يجوز البحث عن الباعث على اعتناق الدين الجديد وفي هذه الحالة تتحدد
الجهة القضائية وفق الديانة الجديدة ذلك لان الاعتقاد الديني مسألة نفسية محضة
ولا يمكن لاي جهة قضائية البحث فيها الا عن طريق المظاهر والاجراءات
الرسمية التي يتطلبها القانون بتغيير الديانة او المذهب ومن يعتنق ديناً معيناً
لا يسأل عن الباعث له على اعتناقه وتترتب الاثار الخاصة بتغيير الدين من وقت
وقوعه بصرف النظر عن وجود التحايل او عدم وجوده .

وفي حكم لمحكمة الاسكندرية^(٢) :

(١) الاعتقاد الديني مسألة نفسية مجتة فمتى غير الانسان دينه او مذهبه
فلا يخضع من وقت التغيير الا لاحكام هذا الدين او المذهب الجديد ولا يمكن
لاية سلطة قضائية البحث فيها الا من جهة توافر المظاهر الخارجية الرسمية
لاعتناقه هذا الدين او المذهب الجديد .

(٢) ليس للمحكمة ان تبحث وراء الباعث له على سلوكه هذا المسلك .

(٣) بمجرد اعتناق الشخص للاسلام يعطي احكامه ولا يقبل فيه الدفع
بالصوربة او الغش او التدليس .

وهكذا فان القضاء قد استقر في مصر على عدم البحث عن الباعث على
تغيير دين احد الزوجين الى الاسلام . لان الاسلام قضية اعتقاد وایمان بالقلب
والقاضي يحكم بالمظاهر الذي يعتبر دليلاً على الباطن .

. . .

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ٢٧/١٠/١٩٥٧ صالح حنفي ٢/٢١٦ .

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية ٩ رجب ١٣٥٧ في ٤ سبتمبر ١٩٣٨

الحامدة س ١ ع ٢ .

ماذا وراء البحث عن الباعث على اسلام احد الزوجين؟..

يقول انصار مشروع قانون الاحوال الشخصية الذين نصوا على وجوب البحث عن الباعث على اسلام احد الزوجين قبل حذف المادة المذكورة أن تغيير دين احد الزوجين لا يكون غالباً ، الا للتخلص من الحياة الزوجية ، فاذا اسلم الزوج او الزوجة سرعان ما يطلق الزوج زوجته او تنفصل الزوجة عن زوجها بحكم القانون ، فيعود كل منهما الى دينه ، فهذا دليل على الغش والاحتيال والتلاعب بالاديان .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ان الزوج الاخر الذي بقي على دينه يتضرر من ذلك كما لو اسلم الزوج ولم يطلق زوجته . مثلاً ، فأى ضرر أكبر من ان تعيش مسيحية تحت مسلم يختلف عنها في التفكير والعقيدة . فأمامنا اذن امران :

- (١) الحيلولة دون الغش والاحتيال في اسلام احد الزوجين .
 - (٢) رفع الضرر عن الزوج الاخر الذي بقي على دينه .
- لنرى اذن علاج هذين الامرين في الشريعة الاسلامية باعتبارها القانون العام للاحوال الشخصية ، وانها القانون الواجب التطبيق في حال اختلاف دين الزوجين .

اولاً - الامر الاول

فقد تكفلت الشريعة الاسلامية بعلاجه علاجاً حكماً يقضي فيه على التلاعب والتدليس ، وهو ان من يسلم ثم يتبين ان اسلامه لم يكن عن عقيدة ورجع الى دينه ، يعتبر مرتداً تطبق عليه احكام المرتدين فيقتل ان لم يتب ولا يورث ولا يرث وتبطل جميع تصرفاته . واذا كنا اليوم لانملك حد القتل باعتبار

خضوعه لقانون اجنبي عن الشريعة الاسلامية فنستطيع ان نطبق عليه احكام الاحوال الشخصية التي تخضع للشريعة الاسلامية فنبتل كل تصرفاته من زواج وطلاق وميراث ووصية .

وهكذا نجد ان العقوبة الفعالة التي تجعل احد الزوجين يفكر حينما يغير دينه : هل هذا التغيير عن عقيدة وایمان فيقدم ام انه للاحتيال والغش والتدليس ، وانه اذا عاد الى دينه فستطبق عليه احكام المرتد فيحجم حينئذ .

فماذا يريد انصار هذا الرأي اكثر من هذا ؟ . . اللهم الا اذا كانوا لا يريدون ان يغير احد من الناس دينه ، ان في هذا ضمان لسوء النية في اسلام احد الزوجين .

واني انقل هنا بعض ما كتبه فضيلة الاستاذ المرحوم الشيخ احمد ابراهيم^(١) في احكام المرتدين :

اذا تزوج مسيحي مسيحية مثلاً ثم اسلم الزوج وطلق زوجته المسيحية ، ثم تزوج باخرى مسلمة ثم بدا له ان يعود مسيحياً كما كان فان ضيعه هذا يعتبر في نظر الشريعة الاسلامية ردة منه على الاسلام الذي اختاره ديناً له ، سواء أكان جاداً في اختياره ام هازلاً ، وعلى ذلك تبين منه زوجته المسلمة ، وتورثه اذامات وهي في العدة ، ولا يجوز له ان يتزوج بعد ذلك بأية امرأة كانت ، لا مسلمة ولا كتابية ولا ذات دين آخر ، ولا مرتدة لانه اصبح لا ملة له في اعتبار الشرع الاسلامي .

وكذلك غير المسلمة سواء أكانت كتابية ام غير كتابية اذا اسلمت ثم رجعت عن الاسلام فانها تعتبر مرتدة لا ملة لها تقر عليها ، فلا يجوز لها ان تتزوج بأي انسان كان .

• • •

وها أني أورد مجموعة من أحكام المرتدين حكم بها القضاء المصري أمثلة على ذلك :

جاء في حكم لمحكمة المنصورة^(١) :

النصوص الشرعية مجمعة على ان المرتدة لا دين لها وان عقد زواجها باطل لا يترتب عليه أي اثر من اثار الزوجية ويجب عليها ان تفترق عن تزوجها والا فرق بينهما القاضي .

وفي حكم آخر لمحكمة القاهرة الابتدائية^(٢) :

المتفق عليه شرعاً ان المرتد لا يرث غيره اطلاقاً سوا كان والده أو غير والده .

وفي حكم لمحكمة الاسكندرية^(٣) :

اذا طلب الزوج المسيحي الحكم بطلاق زوجته التي كانت مسلمة وارتدت فطلبه لا يلتفت اليه شرعاً اذ لا عقد ولا نكاح بينهما ، لان ما تم بينهما وقع والزوجة مرتدة ، والردة منافية للنكاح والطلاق رافع له ، وكل ما تملكه المحكمة ويجب عليها عمله هو الحيلولة بينهما لان معاشرتهما لا تقرها الشريعة الاسلامية .

وجاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية^(٤) :

اذا عقد الزوج وكان مسلماً ثم رجع عن الدين الاسلامي بعد ذلك واعتبر بذلك مرتداً فتجري عليه احكام الردة في الشريعة الاسلامية ومن مؤداها

(١) استئناف المنصورة دائرة الزقازيق ٢٨/٥/١٩٥٨ .

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٨/٢/١٩٥٧ .

(٣) محكمة الاسكندرية الابتدائية ٧/١٠/١٩٥٦ .

(٤) محكمة القاهرة الابتدائية ٢٣/١١/١٩٥٧ .

الفسخ العاجل لعقد زواجه بلا قضاء للطلاق الصادر منه لأنه صدر في وقت لا يملك صاحبه فيه إصداره وبذلك يكون طلب الزوجة للطلاق في محله وكذا الحكم لها بمنع تعرض الزوج لها في أمور الزوجية ويتعين لها الحكم بذلك من تاريخ ارتداده .

وفي حكم أيضاً لمحكمة القاهرة الابتدائية ^(١) :
قالت فيه أن زواج المرتدة يقع باطلاً شرعاً .
وفي حكم لمحكمة طنطا ^(٢) : المرتدة لا دين له وزواجه باطل شرعاً ولو
بمرتدة مثله .

وأما الأمر الثاني : وهو عدم الحاق الضرر بالزوج الآخر الذي بقي على دينه والضرر غالباً ما يلحق بالزوجة أكثر من الزوج فإذا ما أسلم الزوج ، ولم يطلق زوجته فالتأثير أن لها الحق في أن تطلب التطليق من القاضي حسب أحكام الشريعة الإسلامية .
ولقد اطلعت في هذا الموضوع على ثلاثة آراء :

الرأي الأول :

أن الزوجة أن تطلب التطليق للضرر الذي يصيبها من تغيير دين زوجها حسب أحكام الشريعة الإسلامية إذا ما حاول الزوج التأثير عليها .
يقول الدكتور اهاب اسماعيل ^(٣) : في الحالة التي يغير الشخص فيها ديانته ثم يبدأ في التأثير على زوجته لسكي تغيير من دينها بطريقة تأبأها حرمتها نستطيع

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ٢٧/ : / ١٩٥٨ وجاء في حاشية ابن عابدين ٢/ ٧٠ ولا يصح أن ينكح مرتد أو مرتدة أحد من الناس مطلقاً .

(٢) محكمة طنطا الجزئية الشرعية ٢٧ ذي القعدة ١٣٥٠ في ٣ أبريل ١٩٣٢ .

(٣) اهاب اسماعيل ص ٢٤٠ - ٢٤٢ .

أن نعتبر مثل هذا الأمر ضرراً يلحقه الزوج بزواجه تعذر معه العشرة بالنسبة
لامثالها) وهذا كله يتم طبقاً للشريعة الإسلامية .

الرأي الثاني :

للزوجة ان تطلب التطلق بناء على احكام شريعتها للنفور والضرر الناشئ
المتولد عن اسلام زوجها .

يقول الاستاذان نمر وحبشي^(١) : معاشررة الزوجة المسيحية ازوجهها
المسلم في هذه الحالة تصطدم مع عقيدتها الدينية اذ ان اعتقادها بانه على خلاف في
عقيدته يؤدي الى النفور منه والى تحذير الاولاد من اتباعه فيحل الشقاق
والبغضاء بينهما محل المحبة والسلام وبذلك يتحقق الضرر .

الرأي الثالث :

لا يرى في اسلام الزوج ضرراً على الزوجة ولو حاول الزوج فرض
الاسلام على زوجته وفق احكام الشريعة الإسلامية .

يقول الدكتور شفيق شحاته^(٢) : وقد ذهب رأي الى انه يجوز الحكم
بالتطلق اذا ارتد احد الزوجين عن المسيحية بعد قيام الزوجة ولو كان ارتداده
الى الاسلام تطبيقاً لحكم المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذي
يحييز للزوجة ، اذا ادعت اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة
بين امثالها .

ولكننا نرى ان في هذا التخريج تحميلاً للنص اكثر مما يحتمل ، فالضرر
الناشئ عن محاولة الزوج فرض الاسلام على زوجته ، ضرر في نظر الشريعة
المسيحية ، وهو ليس كذلك في نظر الشريعة الإسلامية ؛ والفرض ان القاضي
يطبق احكام الشريعة الإسلامية .

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين نمر وحبشي ص ٣٢٨ .

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور شفيق شحاته ٩٠/٤ .

رأينا في الموضوع

أن القانون الذي يطبق في هذه الحالة هو الشريعة الإسلامية لاختلاف دين الخصوم والشريعة الإسلامية تعترف بالضرر الناشئ عن إكراه أحد الزوجين بالنسبة للآخر ، فإذا ما قام الزوج بمحاولات لحمل زوجته على تغيير دينها ونشأ عن ذلك شقاق ونزاع وضرر فللزوجة أن تطلب التطليق للشقاق والضرر لا لتغيير الدين ، لأنه قد يحدث العكس أي يسلم الزوج ويبقى مع زوجته دون أن يحاول فرض رأي أو عقيدة أو مبدأ معين على زوجته فأى ضرر بهذا؟. غير أننا نرى تمسكاً مع المصلحة الزوجية وخاصة مصلحة الأولاد أن تطلب الزوجة التطليق اخذاً من الشريعة الإسلامية نفسها - فقد قال جمهور الزيدية : إذا أسلم أحد الزوجين انفسخ النكاح بينهما^(١) :

وفي هذا الحل ضمان مصلحة الزوجين والأولاد لأن الأمر في حال تغيير الدين أثناء الزوجية يختلف عنه في حال التعاقد على الزواج. لأنه وإن كان يصح زواج المسلم بالكتابية ولكن هذا مبني على الرضا التام من الزوجين بدين كل منهما أما طرؤه تغيير الدين أثناء الزواج ، فالأمر فيه يختلف . وعلى هذا فللزوجة إذا ما أسلم زوجها أن تطلب التطليق من القاضي وعليه أن يجيبها إلى ذلك .

• • •

ومما تقدم يتبين لنا أنه لا يجوز للقاضي التدخل لمعرفة الباعث على سبب تغيير أحد الزوجين دينه سواء كان لنية حسنة أم كان للغش والاحتيال . وإن لنا من نظام المرتد في الشريعة الإسلامية ما يحول دون التلاعب بالاديان والتغيير من دين إلى دين وذلك بتطبيق العقوبات المقررة على المرتد من حرمانه من الميراث والزواج والطلاق إلى آخر ما هنالك من أحكام زاجرة

(١) البحر الزخار ٣/٧٠ .

تجعل الشخص حين يقدم على تغيير دينه يفكر طويلا بالنتائج التي سوف تترتب على عمله .

وقد رأينا المحاكم كيف تسير في احكام المرتدين ولهذا فاننا نرفع صوتنا مطالبين بعدم الاستجابة لتلك المطالبات التي تريد ان تجعل من القاضي مشرفا على قلب المرء لتعرف هل اسلامه عن نية حسنة ام عن غش واحتيال .

كما نعطي للزوجة التي تقيم على دينها فيما لو اسلم زوجها حق طلب التطلق حسب احكام قواعد الشريعة الاسلامية اخذا من المذهب الزيدي الذي لا يجيز جمهورهم نكاح الكتابية ويفسخون عقد الزواج فيما لو طرأ تغيير دين احد الزوجين اثناء الحياة الزوجية .

ولا يجوز في رأينا جعل اساس هذا التفريق الضرر لان اسلام الزوج لا يعتبر ضررا بالزوجة في دولة دينها الرسمي هو الاسلام .

المبحث الثاني

اثر تغيير الدين في اليهودية والمسيحية

الفرع الأول

اثر تغيير الدين في اليهودية على الزواج :

يشترط لصحة الزواج في شريعة اليهود ان يكون الزوجان من دين واحد ومذهب واحد فان اختلفا ديناً أو مذهباً فالعقد باطل .

ومصدر ذلك ما جاء في الآية الثالثة من الاصحاح السابع من سفر تثنية الاستراع : « ولا تصاهرهم . بنتك لا تعط لابنه وبنته لا تأخذ لابنك » .

جاء في المادة ١٧ من كتاب الاحوال الشخصية لطائفة الرابانيين : الدين والمذهب شرط لصحة العقد فاذا كان احدا الاثنين من غير الدين او من مذهب اخر فلا يجوز العقد بينهما والا كان باطلا .

اما اذا طرأ تغيير الدين اثناء الزواج كأن يسلم احده الزوجين او يتنصر فالفرقة تقع بينهما بمجرد الردة عند طائفة القرائين . اما عند الرابانيين فلا بد من الطلاق والعقد قائم ما لم يطلق الزوج .

جاء في شعار الخضر للقرائين^(١) : المرتد زوجها حل للكل بلا طلاق . ونصت المادة ٣٣٣ للرابانيين : اذا اعتنق احد المتعاقدين ملة اخرى فلا يزال عقدهما قائماً حتى يحصل الطلاق .

(١) شعار الخضر ص ٨٨ .

الفرع الثاني

اثر تغيير الدين في المسيحية على عقد الزواج

الاقباط الارثوذكس

لا يجوز الزواج مع اختلاف الدين حب ما جاء في قوانين ابن لقلق حيث نص على ان لا يتزوج مؤمن بغير مؤمنة^(١).

غير ان ابن العسال شرح الامر اكثر وضوحاً فقال: «الرجل المؤمن ان يتزوج بغير المؤمنات بشرط دخول الزوجة في الايمان . فاما النساء المؤمنات فلا يتزوجن بالرجال الخارجين عن الايمان لئلا ينقلوهن الى مذاهبهم ويخرجوهن من الايمان^(٢)» .

وجاء في الخلاصة القانونية^(٣) : « واما الاسباب الاخرى فتمنع الزواج من قبل وتبطله لو اذفق حصوله وهي ثلاثة : عدم النصرانية . وزنا المرأة المشتبه المحقق . والارتباط بشكل الرهينة » .

ونصت المادة ٢٣ من مجموعة ١٩٥٥ ، للاقباط الارثوذكس : لا يجوز الزواج لدى الكنيسة القبطية الارثوذكسية الا بين مسيحيين ارثوذكسيين .

(١) ملحق المجموع الصفوي ص ٤٤١ .

(٢) المادة ٩٦ من المجموع الصفوي .

(٣) الخلاصة القانونية ص ٢٤ .

وفي هذا يقول الاستاذ حلمي بطرس^(١) : « من القواعد المقررة في القانون الكنسي لجميع المذاهب المسيحية ان زواج الشخص المسيحي بشخص غير مسيحي باطل مطلقاً » .

ولكن الدكتور شفيق شحاته يقول بعد ان أورد نصوص ابن لقلق وابن العسال السابقة :

« ويتضح من هذه النصوص ان المانع يقوم في الشريعة القبطية عندما يكون الزوج غير مؤمن ، وهو لا يقوم اذا كان غير المؤمن هو الزوجة^(٢) » .
هذا اذا كان اختلاف الدين حين عقد الزواج ، أما اذا طرأ تغيير الدين اثناء الزواج فقد قال ابن العسال^(٣) :

وان كان اخ له امرأة ليست بمؤمنة وهي تحب ان تقيم معه فلا يتركها ، وان كانت امرأة من اهل الايمان لها زوج غير مؤمن ويجب الرجل ان يقيم معها فلا تفارق بعلمها فان الرجل الذي لا يؤمن يطهر بالمرأة المؤمنة والمرأة التي لا تؤمن تطهر بالرجل ... فان أراد الذي لا يؤمن منها الفرقة فليفارقه صاحبه » .

وجاء في المادة ٥١ من قانون ١٩٣٨ : اذا خرج احد الزوجين عن الديانة المسيحية وانقطع الامل من رجوعه اليها جاز للزوج الآخر طلب الطلاق » .
أما مجموعة ١٩٥٥ - الاقباط الارثوذكس فقد خالفت ذلك ، اذ نصت في المادة ٤٩ :

« يفسخ الزواج اذا خرج احد الزوجين عن الدين المسيحي » .
ويعلق الاستاذ تادرس ميخائيل على ذلك بقوله^(٤) :

(١) الاحوال الشخصية حلمي بطرس ٢١١ .

(٢) شفيق شحاته ٧٥/٤ .

(٣) المجموع الصقوي م ٩٩ .

(٤) الاحوال الشخصية تادرس ميخائيل ص ١٠٢ .

« وهذا مبني على ما يعتقد المسيحيون من ان الزواج سر مقدس فاذا خرج الزوج عن دينه اصبحت الآخر مهدداً لا في عقيدته فحسب بل وفي كيان الزوجية^(١) » .

• • •

الروم الارثوذكس

وكذلك جاء في المادة ١٤ الروم الارثوذكس : اكل من الزوجين ان يطلب الطلاق في حالة ارتداد احد الزوجين عن الديانة المسيحية .

الارمن الاوئوذكس

جاء في المادة ٤٢ من قانونهم : يجوز لاحد الزوجين ان يطلب الطلاق اذا ارتد الزوج الآخر عن دينه .
ومن هذه المواد نلاحظ ان التفريق بين الزوجين لتغيير دين احدهما هو امر اختياري بالنسبة لمن بقي على دينه فان شاء الرضا بما حصل فالزواج باق والا فله حق طلب التطلق .

• • •

التحول من مذهب لاخر

اذا تحول المسيحي من مذهب الى مذهب آخر فلا ينفخ النكاح عند الاقباط الاوئوذكس . اما عند الكاثوليك فيعتبر من اسباب الانفصال الجثافي حسب ما جاء في القانون ١٢٠ من الارادة الرسولية .

(١) جاء في كتاب اسرار الكنيسة السبعة ١٩٠٩ : قال بولس الرسول : « ايها الرجال احبوا نساءكم كما احب المسيح ايضاً الكنيسة - وعلى هذا المعنى يكون الزواج سراً عظيماً » .

البروتستانت

ونصت المادة ١٨ من قانون البروتستانت على انه لا يجوز الطلاق الا في حالتين :

(١) زنا احد الزوجين .

(٢) اذا اعتنق احد الزوجين ديانة اخرى غير الديانة المسيحية ، وطلب الزوج الآخر الطلاق .

ونصت المادة ١٩ : لا يحكم بالطلاق الا لصالح الزوج الذي بقي على دينه .

* * *

وقبل ان اتم بحثي فاني اضع بين يدي القاريء الكريم هذا الملحق لأبين فيه نسبة الطلاق وما يشاع حولها ، وما هي حقيقة الأمر ، وهل صحيح الطلاق مدرسة للمشردين فتزداد نسبة التشرّد بازدياد حوادث الطلاق ..؟

في الجمهورية العربية المتحدة عدد المتزوجين والمطلّقين

عدد المتزوجين	عدد المطلّقين
عام ١٩٥٨ ٢٢٨٠١٨	٦٠٠٤٤
عام ١٩٥٩ ٢٢٠٥٥٧	٦٠٧٧٥

وسندرس اسباب الطلاق بالنظر الى اعتبارات عدة :

بالنظر الى المتسبب في الطلاق

عام	اسباب الطلاق من الزوج	اسباب الطلاق من الزوجة	اسباب مشتركة
١٩٥٨ ٢٠٤٩٨	٩٩٦٠	٢٩٥٨٦	
١٩٥٩ ٢٠٤٤٦	٩٣٠٣	٣١٠٢٦	

اي ان عدد حوادث الطلاق التي تسبب بها الزوج في عام ١٩٥٨ هي ٢٠٢٩٨ من اصل عدد المتزوجين لنفس العام ٢٢٨٠١٨ وفي عام ١٩٥٩ هي ٢٠٤٤٦ من اصل ٢٢٩٥٥٧ .

بالنظر الى عدد الاولاد

عام ١٩٥٨	عدد المطلّقين	النسبة المئوية	عام ١٩٥٩	عدد المطلّقين	النسبة المئوية
لا اولاد	٤٣٧٧٤	٧٢,٩	٤٤٠٣٣	٧٢,٥	
ولد واحد	٩٥٢٧	١٥,٩	٩٥٠٤	١٥,٦	
ولدان	٣٥٨٤	٦	٣٨٠٢	٦,١	
ثلاثة اولاد	١٧٦٦	٢,٩	١٨٨٩	٣,١	
اربعة اولاد	٧٨٥	١,٣	٨٦٤	١,٤	
خمسة اولاد	٣٥٨	٠,٦	٣٨٠	٠,٦	

بالنظر الى مدة الزواج

عام ١٩٥٩	العدد	النسبة المئوية	عام ١٩٥٨	العدد	النسبة المئوية
عدد الطلاق					
خلال شهر				١٦٥٢٥	٢٧,٢
من الزواج	١٥٧١٩	٢٦,٣		١٩٨٨٩	١٧,٩
خلال سنة	١٠٧٣٣	٢٦,٣		٧٣٩٦	١٢,٢
خلال سنتين	٧٥٤٧	١٢,٦		٥٠١٣	٨,٣
ثلاث سنين	٥٣٠١	٨,٨		٣٨٣١	٦,٣
اربعة سنوات	٣٨١٩	٦,٤		٢٨٢٦	٤,٦
خمس سنوات	٢٨٢٨	٤,٧			

بالنظر الى عدد المطلقين في العاصمة وبقيّة المدن

عام ١٩٥١	عدد المتزوجين	حوادث الطلاق	النسبة
القاهرة	٣٢٨٩٥	١٤٥٧٣	٤٥ %
الاسكندرية	١٣٥٨١	٥٠٩٨	٣١ %
البحيرة	١٧٠٣١	٢٦٥٥	١٥ %
اسيوط	١٧٨٨٠	٣٤٤٦	١٨ %

الجمهورية العربية السورية

عدد المتزوجين والمطلقين

عدد المتزوجين	عدد المطلقين	
٣٠٥٢٤	٢٢٤٨	عام ١٩٥٧
٣٧٥٩٦	٢٨٤٩	عام ١٩٥٨

بالنظر الى المتسبب في الطلاق

اسباب الطلاق من الزوج	اسباب الطلاق من الزوجة	
٢٣٩٤	٤٥٥	عام ١٩٥٨

بالنظر الى مهنة الزوج

عام ١٩٥٨	عدد المطلقين من العمال	١٤٦٨
	من الموظفين	٤٠٥
	من التجار	١١١
	مهن حرة	٥٣٣
	من الملاك	٣٣٢

بالنظر الى عدد الاولاد

عام ١٩٥٨	لا اولاد للمطلقين	١٨٨٩
	ولد واحد	٤٦٣
	ولدان	٢٢٢
	ثلاثة اولاد	١١٨
	اربعة اولاد	٨٧
	٥ فأكثر	٦٠

بالنظر الى مدة الزواج

عام ١٩٥٨	مدة الزواج اقل من سنة	عدد حوادث الطلاق
		٢٦٢
	١ - ٢	٧٢٢
	٣ - ٤	٤٦٤
	٥ - ٩	٥٣٧

بالنظر الى عدد المطلقين بالعاصمة وغيرها من المدن

عدد المطلقين	من اصل متزوج	
١١٦٨	٦١٥٩	مدينة دمشق
٣٣٦	٤٦٦٤	محافظة دمشق
٢٣٦	٢٦١٤	حمص
١٢٤	٢٢٨٨٥	حماه
٦٥٤	١١١٥٧	حلب
١٤	١٢٩٨	الحسكة
١٧٠	١٥٧٥	السويداء
٦٠	٢٧٠٥	درعا

المملكة الاردنية الهاشمية

عدد المتزوجين	عدد المطلقين	
١٢٢١٦	١٩١٥	عام ١٩٥٦
١٦٩٩٣	١٨٢٥	عام ١٩٥٧
		بالنظر الى عدد الاولاد
عدد المطلقين من لهم اولاد	١٥٤	عام ١٩٥٧
عدد المطلقين من ليس لهم اولاد	١٦٧١	

بالنظر الى مدة الزواج

عدد حوادث الطلاق	مدة الزواج اقل من سنة	عام ١٩٥٧
٢٨٢	١ - ٤	
٢٨٠	٩ - ٥	
٣٢٣		

بالنظر الى عدد المطلقين بالعاصمة وغيرها من المدن

عدد المطلقين	من اصل متزوج	
٥٠٣	٢٦٦٢	محافظة العاصمة
١١١	٩٧٧	البلقاء
٢٣٦	٣٦٤٣	عجلون
١٠٨	٦٧٥	الكرك
٢٩	١٢٨	معان
٤٠٢	٣٧٨٣	القدس
٢٢٧	٤١١١	نابلس
١٠٩	١٥٩٠	الخليل

ملاحظات واقتراحات

١ - يلاحظ ان نسبة الطلاق في مصر اعلى نسبة من أي بلد آخر . وسبب ذلك في رأي لا يعود الى نظام الطلاق لانه تشريع موحد تقريباً في جميع البلاد العربية ، فلو كانت هذه النسبة موجودة في جميع البلدان العربية لقلنا ان سبب انتشار حوادث الطلاق يعود الى التشريع نفسه ، أما وأن الامر على خلاف ذلك فيجب ان نبحث عن اسباب هذه الزيادة الفاحشة في مصر وحدها لنعرف اسباب ذلك .

٢ - ان اسباب الطلاق قد تعود الى الزوج أو الزوجة أو كليهما ، فالزوج حين يتسبب بالطلاق أو يطلق هو المسؤول في هذه الحالة فقط ، أما الطلاق بناء على طلب المرأة أو بناء على اتفاق الزوجين فلا يرى عليه أي نقد طالما ان الامر تم باذن القاضي وبحكمه ، او باتفاق الزوجين .

وفي رأيي أن ما يوجه اليوم من نقد الى الطلاق فيجب أن يكون محصوراً في دائرة الطلاق بارادة الرجل المنفردة ، وهذا قليل جداً اذ يكاد لا يتجاوز ٥٪ من عدد المتزوجين .

وهذا العدد من المطلقين يشمل المطلقات قبل الدخول وهذا لا ضرر فيه كما يشمل الطلاق الرجعي حيث يراجع الزوج زوجته .

وقد اجري احصاء في دائرة احدى محاكم الاحوال الشخصية في القاهرة وهي مصر القديمة اكبر المناطق التي يكثر فيها الطلاق لكثرة العمال فيها ، فتبين من الاحصاء انه اذا انزل من عدد الطلاق عدد الطلاق قبل الدخول وعدد الرجعات وعدد الزواج المستأنف بين رجل وامرأة كانا قد اختلفا في الطلاق فتبين ان الباقي لا يتجاوز ٢٪ من وقائع الزواج^(١) .

(١) تنظيم الاسلام للمجتمع محمد ابو زهرة .

٣ - وأما بالنظر الى أولاد المطلقين ، فيلاحظ أن معظم حوادث الطلاق
من ليس لهم اولاد وان نسبة الطلاق تنخفض كلما زاد عدد الاولاد .
حتى يمكن القول كما يدل الاحصاء على ان ٧٥٪ من المطلقين من لا اولاد
لهم وهذا يدلنا على امرين :

- (١) وجود سبب للطلاق وهو عدم النجاب الاولاد .
- (٢) الرد على من يقول ان الطلاق من اسباب التشرد للاطفال ، وهنا كان
بودي ان أتم هذا البحث بدراسة مفصلة عن المشردين وجرائمهم وان معظم
من فقدوا آباءهم وامهاتهم واول نسبة من المشردين هي من كان من ابوين مطلقين^(١) .
إذن فالطلاق ليس مصنوعاً للتشريد ، ومن اراد أن يهتم بدراسة المجتمع
فليبحث عن اسباب التشرد من سوء الاوضاع الاجتماعية والاقتصادية فلا دخل
للطلاق في ذلك^(٢) .

(١) علم الاجتماع الجنائي لادكتور حسن الساعاتي ص ١٠٩ .
(٢) بعد ان اعددت بحثاً عن الطلاق وعدم صلته بالتشرد خشيت الخروج عن وحدة
موضوعي فحذفته والرسالة تحت الطبع .
ولا بد لي من ان اشير الى ان الدراسات السطحية هي التي تقرر ان الطلاق يؤدي الى
التشرد ولكن الدراسات الصحيحة العميقة التي تستند الى الاحصاءات الرسمية تدلنا على ان نسبة
المشردين من اباء او امهات مكلفين نسبة ضئيلة جداً ، بل ان هذه النسبة ترتفع في اوربا نتيجة
الانفصال الجسماني في بلاد تحرم الطلاق .
ان في نظام الاسلام من رعاية لحقوق الاطفال من اولياتهم ومن اقربائهم ما يحول دون
التشرد ، ومن عرف نظام الولاية على النفس ونظام النفقات في الفقه الاسلامي يدرك تماماً
عناية المشرع الاسلامي في حفظ كيان الاسرة وخاصة حقوق الاطفال .
ومما يؤكد ذلك فلة عدد حوادث المشردين في القرى والريف نظراً لترايط الاسرة
وقيام كل فرد بواجبه نحو الآخر وتدل الاحصاءات على ان نصف عدد المشردين من أرغبر
مفككة اي مع وجود ابوين للتشرد .

واما التشرد في الاسر المفككة فردها عوامل كثيرة منها وفاة الوالدين او احدهما ،
او في حال غيبة احد الوالدين او سجنه او مرضه ، وفي كثير من الحالات ينشأ التشرد بسبب
الفقر او الشقاق والخلاف الناشيء بين الابوين كابتداء عن الطلاق ايضاً
==

٤ - أن نسبة الطلاق ترتفع في المدن عنها في الريف ، وهذا ما نلاحظه من حوادث الطلاق في العاصمة فانها نسبة هائلة بينما تنخفض في المدن الصغيرة البعيدة عن صخب المدنية وضوء الحضارة .

٥ - تختلف نسب الطلاق باختلاف المستوى المهني والاجتماعي والثقافي ، فهي لدى العمال مثلاً أكثر من غيرهم ، كما انها تنخفض لدى المثقفين والتجار بشكل ملموس (٣) .

٦ - ان ارتفاع نسب الطلاق هو في السنين الاولى من الزواج ، ولكن نلاحظ أن هذه النسبة في مصر بصورة خاصة في الاشهر الأولى مما نستدل به على أن هذا الزواج تم على خطأ في الاختيار والتسرع ولم يكن عن دراسة وتأمل وإلا لما فشل بهذه السرعة .

وهذا يؤيد ما قلته آنفاً الى أن ارتفاع نسبة الطلاق في مصر تعود الى البيئة الاجتماعية والى الظروف الاقتصادية والى تفشي روح الحضارة في معظم المدن الكبيرة ، ولا دخل للتشريع في كثرة حوادث الطلاق .

وقد قام المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجناية في القاهرة بدراسة على ٨٩٠ مشرداً قتيين ان ١٠٪ منهم من والدين مطلقين .

ولكن هذه النسبة لم تثر الى ان هذا الطلاق هل ادى الى انفصال الزوجين ام تمت الرجعة بينهما لم كان الطلاق قبل الدخول وقد ذكرنا ان النسبة تتضامل حتى لاتصل الى ٢٪ ممن يتم الانفصال الزوجي بينهما بدون رجعة .

ان من يهتم بدراسة المشردين ووجود الحلول لانقاذهم مما هم فيه فليعد الى الشريعة الاسلامية حيث يجد الضمان الكافي للطفولة المشردة .

كما عليه ان يدرس احوال المجتمع من فقر ومرض وجبل برفع المستوى الاجتماعي الملائم لكرامة الانسان لان يهاجم نظام الطلاق في الاسلام لانه مما يترتب به براء .

اعتمدنا في هذا على تقارير من المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجناية (١٩٦١) وخاصة : تقارير الاستاذ الكبير المحقق الشيخ محمد ابو زهرة . والدكتور ميد عويش ، والدكتورة عنايات زكي .

(١) دراسات في الاجتماع العائلي للدكتور مصطفى الحشاش ص ١٦٠ .

خاتمة البحث

من هذا البحث الذي عرضنا فيه جانباً من نظام الطلاق في الاسلام ،
رأينا كيف ان الشارع حرص على وحدة الأسرة وعدم تفككها فشرع
لبوادر الشقاق بين الزوجين حلولاً عملية يجب على كل زوج اتباعها اذا ظن انه
لا يقيم حدود الله فيما أمره .

فلكل من الزوجين ان يعظ الآخر وان يهجره وان يؤديه كما جاء في
القرآن الكريم حرصاً على بقاء الزوجية وكيان الأسرة سليماً .

فاذا استفحل الخلاف والشقاق بين الزوجين امر الشارع بالتحكيم فيختار
كل منها حكماً لحل المشاكل الناشئة بينهما .

واذا تبين للحكمين المتسبب في الشقاق أمراه بالرجوع الى صوابه وذكراه
بحقوق الله في صاحبه - اذا رغب الطرف الآخر عدم الفرقة - وأن الله سبحانه
وتعالى امر الزوجين الصبر حتى مع الكراهية فقال : « فان كرهتموهن فعسى
ان تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً » (١) .

اما اذا لم يجد التحكيم واستمر النزاع بين الزوجين كنا بين أمرين : أما
حياة يملؤها الشقاق والخلاف وسوء التفاهم ، وأما انفصال يجد فيه كل من
الزوجين سعادته وهناؤه : وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته .

(١) روى الزمخشري في تفسيره آية : وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً ...
« ان عمران بن حطان الخارجي كان من آدم بني آدم وامرأته من أجابه ، فأجالت في
وجهه نظرهما يوماً ثم ثابت الحمد لله . فقال : مالك ؟ .. قال حمدت الله على الي واباك من أهل
الجنة قال كيف .. قال لانك رزقت مثلي فشكرت ، ورزقت مثلك فصبرت . وقد وعد الله
الجنة عباده الصابرين » .
وعمران ممن خرج له البخاري في صحيحه . ولما مات سئلت زوجته عن ترجمته فقالت :
أوجز ام أطيب ؟ .. فقيل : أوجزي . فقالت : ما قدمت له طعاماً بالانهار ، وما مهدت له فراشاً
بالليل . تعني انه كان صواماً قواماً رحمه الله . تفسير القاسمي ١٥٩٧/٥

هذه الفرقة التي تحدث بين الزوجين هي العلاج الاخير حين استعصى كل علاج سواه
واذا قررنا ذلك كان لا بد لنا من ان نبحث عن يملك هذه السلطة ، ومن يقدر
ظروف هذه الحياة التي تعذر استمرارها ؟ .

قرر الاسلام ان لكل من الزوجين حق التفريق ، كما ان القاضي يملك هذا
الحق عن طريق فسخ النكاح بينهما بناء على طلب احدهما .
فلكل من الزوجين ان يطلب التفريق من القاضي في حالات عدة ذكرناها
بالتفصيل كما ان كلاً من الزوجين يملك حق الطلاق في شروط معينة .

دور الزوج :

فالرجل يملك حق الطلاق على ان يكون ذلك ضمن حدود الشرع وقيوده :
وأهم القيود بالنسبة لطلاق الرجل يمكن ايجازها بالشكل التالي :

١ - من حيث القصد : لا يقع طلاق الرجل إلا اذا كان يقصد الطلاق ،

فلا طلاق من مكره ، ولا من سكران ، ولا من هازل ، ولا من غضبان ملك
عليه الغضب ارادته .

٢ - ومن حيث اللفظ : لا يقع الطلاق إلا بلفظ صريح يدل على

معنى الطلاق .

ولا يقع إلا الطلاق المنجز لأنه هو الذي يدل على قصد المطلق وإنه

جاد في طلاقه .

ولا يقع الطلاق اكثر من طلمقة واحدة مهما تكرر اللفظ او اقترن به

من عدد .

٣ - ومن حيث الوقت : لا يقع الطلاق في كل وقت ، فليس الزوج حراً

في ايقاع طلاقه متى شاء او اراد بل قيد الشارع ذلك بأن حدد للمطلق وقتاً

لا يقع الطلاق بغيره ، وهو ان تكون الزوجة في طهر لاجماع فيه ، ولا في

الحيض الذي قبله طلاق ولا لاجماع . وهذه حكمة الشارع الذي انفرد في هذا

النظام ، وعلّة ذلك ان يكون الطلاق في وقت الرغبة لافي وقت النفرة فقد يخشى ان يقع الطلاق لغير الطلاق فقد ينفر الزوج من زوجته في وقت عدم قربانها ، او يمل في وقت قربها .

لهذا حدد له وقتاً مخصوصاً وهو ان تكون في وقت الرغبة فاذا طلق دل على انه يقصد الطلاق عن تفكير وتصميم لاعن كره موقت او حاجة عارضة قد تزول .

٤ - ومن حيث التوثيق والتروي : فقد اوجب الشارع ان يكون الطلاق امام شاهدين يسمعان صيغة الطلاق ويفهان ذلك . وذلك لحرص الشارع على تعويق المطلق ما امكن لذلك سبيلاً .

٥ - ومن حيث الانابة : فلا يجوز للزوج ان يفوض لغير زوجته امر طلاقها ، اذ أن الطلاق امر شرعه الله للزوجين لا لغيرهما ، فالزوج يطلق ، والزوجة تطلق نفسها في حالات عدة منها ان يفوض اليها زوجها امر الطلاق ، فاذا فوض الزوج لزوجته امر طلاق نفسها جاز ذلك ، اما تفويض الطلاق الى الغير فلا يجوز .

هذه اهم القيود التي وضعها الشارع في طريق المطلق لا للحجر على ارادته ، لأنه يملك هذا الحق بارادته المنفردة ، ولكنها اجراءات تعوق المتسرع من المطلقين ليكون الطلاق عن دراسة وقصد اليه لاعن نزعة طيش وهوى سرعان ما يزول ، فاذا توفرت هذه الشروط فالرجل يطلق دون اذن القاضي او غيره . اذ لا يجوز لأحد غير الزوجين ان يتدخل في أمر الطلاق .

ثم اذا توافرت هذه الأمور ، ومر الزوج بهذه المراحل كلها ، فطلق زوجته ، فهل انتهى الأمر وبانت الزوجة الى حيث لا رجعة ؟ لا ... ان نظرة العطف لاتزال ترعى المرأة ، فالزوج اذا تعسف فطلق لغير سبب ، الزم بتعويض الزوجة تعويضاً يتلاءم مع مقدار ما اوقعه الطلاق

في نفسها من إيجاش وألم ومصيبة ، وما تركه من بؤس وفقر وحاجة .
والزوجة مع هذا لاتزال في عصمته ، فالطلاق في الاسلام رجعي ، يملك الزوج
ان يراجع زوجته لفعل او قول يدل على ذلك .

فما دامت الزوجة في العدة ، والعدة ثلاثة أقراء ، جعلها الشارع ثلاثة
أقراء مع ان براءة الرحم تعرف بقراء واحد ، ليمكن الزوجان من الرجوع
الى بعضهما وليجرب كل منهما حياة الافراد عن صاحبه ، ثلاثة شهور ، تبقى
الزوجة مع زوجها في بيت الزوجية تحت بصر الزوج ورقابته ، فاذا ما أصر
على عدم رجعتها كان هذا برهاناً ودليلاً على ان كلاً منهما لم يعد يرغب بصاحبه .
واذا انتهت العدة وبانت الزوجة بينونة صغرى ، كان له ان يتزوجها
من جديد مالم تكمل الطلقات الثلاث .

وهذا نظام انفرد به الاسلام ايضاً ، فلا رجعة في بقية الشرائع والقوانين ،
كما ان المطلقة لايجوز ان تعود الى مطلقها في كثير من الشرائع .

...

دور الزوجة

والزوجة بعد ان اختارت بمطلق حريتها وارادتها من تحب ان يكون شريكاً لحياتها فهي حرة ايضاً في ان تشتري ما تشاء في عقد الزواج على ان لا يخالف ذلك نصاً صريحاً فلها ان تشتري ان لا يتزوج زوجها عليها ، ولها ان تشتري ان لا تنتقل من دارها او بلدها ، او غير ذلك ، فاذا ما أخل الزوج بالتزامه كان لها حق طلب الفسخ .

كما ان الزوجة ان تشتري ان تكون عصمتها في يدها فتطلق نفسها متى ارادت ، ويكون لها هذا الحق اذا فوض الزوج اليها امر طلاقها بعد عقد النكاح ايضاً .

وتملك الزوجة طلب التفريق من زوجها مخالعة على ان تدفع له ما لا يتجاوز ماساقه اليها ويجب على الزوج ديانة ان يجيبها الى ما طلعت ان تعذر عليه اصلاح ذات البين ، فإن ابي رفعت امرها الى القاضي فيجيبها ان لم يستطع التوفيق بينهما .

وهكذا نجد : ان كلا من الزوجين يملك حق الطلاق بارادته المنفردة ، ولكل منهما ان يطلب من القاضي التفريق .

فلا استبداد من جانب الرجل في امر الطلاق ، ولا حومان المرأة من هذا الحق ، فكل منهما يمارس حق الطلاق ضمن حدود الشرع والقانون .

وفي رأيي : انه خير الف مرة ان تملك الزوجة امر الطلاق فتطلق نفسها ، من أن يكون الطلاق باذن القاضي حيث يتدخل في كل صغيرة او كبيرة فيحجر على ارادة الزوجين في مفارقة بعضها ، وتحل ارادة القاضي محل ارادة الزوجين .

ان الطلاق في الاسلام مهأوضع الشارع في طريقة من عقبات فهو حق خاص بالزوجين فلا يجوز للغير ان يتدخل في امره .

. وفي سبيل الوصول الى هذه النتائج فقد حققت كثيرا من المواضيع ، أذكر منها على سبيل المثال :

١ - الاصل في الطلاق الحظر ولا يباح الا لضرورة .

٢ - تحقيق مذهب محمد من الحنفية في التفريق للعيوب والامراض ، وان مذهبه عدم الحصر ، والنتيجة العملية لذلك هو رجوع القاضي او شارح القانون لمذهب أبي حنيفة في حال وجود نقص في التشريع في هذا الموضوع ، خلافاً لما درج عليه شارح القانون من الرجوع الى مذهب مالك .

كما حققت في التفريق للعيوب والامراض لدى جمهور الفقهاء وان مذهبهم عدم الحصر لا فرق بين الزوج او الزوجة في ذلك .

وقد كتبت في التطليق للعقم واعتبرته من العيوب التي تميز التفريق .

٣ - تحقيق في الطلاق البدعي : الطلاق الثلاث ، والطلاق في الحيض ، وان الطلاق لا يقع الا طلبة واحدة ، وفي طهر لا جماع فيه . وذلك بالرجوع الى مصادر مختلفة المآهأب من فقه واصول وتفسير وحديث .

وقد صححت كثيرا من الاخطاء في مختلف المآهأب وخاصة ما تداول عليه الكتاب من النقل في مذهب الجعفرية في الطلاق البدعي .

٤ - التفريق بين حالتين من عدم الانفاق : حال إعاसर الزوج وحال عدم انفاقه مع بساره وتوجيهنا عدم التفريق اذا كان الزوج معسرا والزوجة غنية اذ مناط التفريق يجب ان يكون الضرر ولا ضرر في تلك الحالة .

٥ - الاصل في الطلاق انه رجعي ، والرجعة لا تصح بقصد المضارة ، ومن المضارة ان يراجعها ثم يطلقها دون ان يجمعها . ولا تصح الرجعة الا باعلام الزوجة .

٦ - تفويض الطلاق للغير الزوجة غير صحيح .

- ٧ - لا يقع الطلاق الا امام شاهدين .
- ٨ - العقد ركن من اركان الطلاق ، فاذا عدم او اختل فلا طلاق .
- ٩ - اذا طلبت الزوجة مخالعة الزوج فيجب عليه ديانة اجابة ذلك ، والارفعت الامر الى القاضي فيفرق بينهما بعد تعذر الاصلاح .
- ١٠ - يجب ألا يتجاوز عوض الخلع المهر .
- ١١ - تفريق القاضي فسخ لا طلاق .
- ١٢ - التفريق للضرر والشقاق اكل من الزوجين . ومن الضرر تعدد الزوجات ضمن قيود وشروط .
- ١٣ - التحقيق في التفريق لتغيير الدين هل يعتد القاضي بالظواهر أم ان له البحث عن الباعث عن اسلام احد الزوجين فنقلت نصوصاً عدة واجتهادات مختلفة دعمت فيها رأيي ، وهو ان الاصل في الاسلام الظاهر ولا يجوز للاضي البحث وراء ذلك .
- وللحيلولة دون الغش والتدليس فقد ذكرت الحل الملائم وهو تطبيق احكام المرتدين فيحجم من لا يفكر في الاسلام عن عقيدة تغيير دينه .
- كما قلت اننا نعطي حق طلب التفريق للزوجة التي بقيت على دينها وبهذا نقضي على الغش والتدليس من جانب الرجل ، ونرفع الظلم عن جانب المرأة .
- ١٤ - كل طلاق او قعه الزوج او الزوجة وتعسف فيه كان عليه التعويض على زوجه الآخر .

• • •

وفي القوانين العربية

يتجه العالم العربي اليوم الى الوحدة الشاملة الصحيحة ، واذا كان من مقدمات الوحدة وحدة التشريع ؛ فان قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية ، هي في طبيعة القوانين توحيداً اذا انها تستقي من منبع واحد ومصدر واحد وهو الشريعة الاسلامية بمختلف مآهبا .

واذا كان هناك من خلاف بين الفقه الجعفري وغيره ، فقد حاولت في بحثي هذا الجمع بين مختلف المذاهب ، وما خالف به المذهب الجعفري غيره من المذاهب ايده بمذاهب اخرى ، واكثر من هذا فاني وضعت مجموعة من المواد لتكون نواة لقانون عربي شامل ، بل نواة لقانون اسلامي لجميع البلاد الاسلامية .

وقد كان نهجي في البحث كما يلاحظ القاري ان كل امر اخترته ووججته لم اعتمد فيه على حجج مذهبه كالأشهاد حين الطلاق مثلاً ، والطلاق في الحيض ، والاعلام حين المراجعة ، وعدم صحة المراجعة بقصد الاضرار ، كل ذلك من الامور التي اخذت بها بعض المذاهب دون الاخرى ، فقد ايدها بالكتاب والسنة واقوال الصحابة وفي سبيل ذلك فقد خالفت قوانين الاحوال الشخصية في كثير من الامور . كما اني انتقدت شراح القانون في البلاد العربية في عدد من المواد كالتفريق للعيوب ، والطلاق المتكرر وغير ذلك .

ولعلي في هذا العمل اكون قد جمعت بين المذاهب الاسلامية وما يجب ان تكون عليه قوانين الاحوال الشخصية في العالم العربي والاسلامي في موضوع الطلاق ، دون التعصب لمذهب او رأي معين .

ومن البوادر الطيبة التي لمستها اثناء دراستي لقوانين البلاد العربية عدا عن وحدة المصدر والمنبع ، انها كثيراً ما تستعين ببعضها فتجد في المذكرات الابضاحية اشارات واضحة صريحة ، الى ان من مصادر هذا القانون قوانين

البلاد العربية التي سبقته . كما ان معظمها لم يعتمد على مذهب معين بل كانت مذهب الانتماء من اكثر المذاهب .

في الاجتهادات القضائية :

وذهبت بعد ذلك الى الناحية العملية التطبيقية فاستعرضت عدداً كبيراً من الاجتهادات القضائية ، واستخلصت منها مبادئ عامة ، وبينت رأيي في اكثرها ، وما يجب ان تكون عليه ، كما اشرت الى توسع القضاء في التفريق للشقاق والضرر ، وللأعسار .

الطلاق لدى الامم القديمة :

كما ذكرنا لمحة عن منزلة المرأة لدى اليونان والرومان لنعرف مدى ما تتمتع به الزوجة من مكانة نعرف من خلالها هل تملك شيئاً من امرها من طلاق او غير ذلك ام لا تملك شيئاً .

وقد ذكرنا ان المرأة كانت تباع وتشترى ، والزوج يستبد بطلاقها واذا لم يفعل ذلك فلم يكن عن حب وتقدير بل خشية ضياع المبلغ الذي دفعه قيمة زوجته .

وبهذه المقارنة نتجلى لنا الشريعة الاسلامية وما جاءت به من احكام في نظام الطلاق نظاماً كاملاً منذ العصر الأول .

في اليهودية :

حققت في الخلاف القائم بين شراح القانون في حق الزوج بالطلاق لدى اليهود ، هل يملك ذلك بارادته المنفردة ، أم لا بد من طلاق القاضي لاسباب معينة . فتبين ان الخلاف مرده وجود طائفتين من اليهود احدهما تبيح الطلاق بالارادة المنفردة والثانية لا تبيح ذلك إلا باذن القاضي .

وقد اوردت عدداً من الاجتهادات القضائية تؤيد ما اتجهت اليه في هذه
ونصوحاً من كتب اليهود ومراجعهم تثبت ذلك .

وقد قمت بمقارنة بين الشريعة اليهودية والشريعة الاسلامية في كل موضع
اتفقت فيه الشريعتان او اختلفت فيه ، وبينت وجهة نظري في نقط
التشابه والاختلاف .

واشرت اثناء بحثي الى ان الاصل في الطلاق لدى اليهودية الحظر الدياني ،
وانه يجوز لكل من الزوجين حق طلب الطلاق من القاضي في امور معينة
توسع فيها الفقهاء ، غير انه تختلف عن الشريعة الاسلامية بانها الزامية في كثير
من الامور بحيث لو وجدت الزم الزوج بالطلاق .

وفي المسيحية :

فقد تناولت البحث في مصادر المسيحية في الطلاق ، وقد حققت في ذلك
فتبين لي ان اسباب الطلاق لدى الطوائف التي تجيزه اليوم هي جديدة بمعنى
اننا لو رجعنا الى مصادر الاولى للمسيحية لانجد الا الزنا سبباً للطلاق عند
من يبيح الطلاق .

وقلت ان من أهم المصادر هذه القوانين قديماً وحديثاً ، هو الشريعة
الاسلامية ، وخاصة لدى الاقباط الارثوذكس في مصر وهم اكثر الطوائف
تساعحاً في تعداد اسباب الطلاق التي تجيز لأى من الزوجين ان يطلب التفريق .
وانتهيت في بحثي الى ضرورة توحيد قوانين الاحوال الشخصية في البلاد
العربية طالما ان الامر اجتهادي لديهم وانهم اخذوا ذلك عن الشريعة الاسلامية ،
وان هذه الاسباب من خلال ما استعرضناه من اجتهادات قضائية وملية اسباب
مرنة توسع القضاء تطبيقها ، فأى مانع ان يخطو المشرع خطوة جريئة فيجعل
قانوناً واحداً للبلد الواحد .

في القوانين الاجنبية

ومن استعراضنا للقوانين الاجنبية التي تمثل اتجاهات معينة في اسباب الطلاق ، وبالرجوع الى التطبيق العملي لدى المحاكم ، وجدنا ان اسباب الطلاق في معظم القوانين اسباب مرنة متطورة ، مرنة بحيث يميز القاضي التفريق لاي سبب ، ومتطورة لانها تستند الى المصلحة لا الى اصول تاريخية .

والخلاف القم بين الشريعة الاسلامية وهذه القوانين ومعها الشريعة المسيحية هو الطلاق بالارادة المنفردة ، وما عداه من تطليق القاضي او الطلاق بالانفاق ، معترف به اما صراحة او دلالة في معظم القوانين .

وقد ذكرت اثناء بحثي مثلاً على ذلك في التطليق الزنا ، فقلت ان الطلاق بالارادة المنفردة اذا منعه القوانين فقد اباحته عن طريق آخر اسوأ نتيجة منه ، وذلك كما لو اراد احد الزوجين طلاق زوجه الآخر فما عليه الا ان يرتكب جريمة الزنا اما حقيقة او صورياً فيطلب الطرف الآخر الطلاق .

بل ان بعض القوانين اجازت لمن يرتكب في حق الآخر خطيئة ، كالهجو مثلاً ان يطلب الطلاق ، ومعنى هذا : من اراد طلاق زوجته فليهجرها مدة من الزمن ثم يطلب هو نفسه الطلاق .

ان في تعليق امر الطلاق على خطيئة يرتكبها احد الزوجين اسوأ اثر من

اعطاء الحق لاحد الزوجين يطلق متى شاء واراد ضمن حدود الشرع والقانون .

وخير الف مرة ان تجيز الطلاق في هذه الحدود التي رسمها الشارع في

الاسلام من ان نجعل امر الطلاق مرهوناً بجريمة او خطيئة ترتكب . فلاطلاق

الا اذا تعدى احد الزوجين على الآخر اعتداء جسيماً عرض خيانة للخطر ، او

اذا وضع له السم في الطعام مثلاً ، او اذا هجره مدة طويلة ، او اذا ارتكب

جريمة الزنا الى غير ذلك من الاسباب .

وفي رأيي ان نقطة الخلاف بين شريعتنا الاسلامية وغيرها من النظم والقوانين ليس هو الطلاق بالارادة المنفردة فقد وجدنا المرونة والتطور في التطبيق العملي والاحتيايل والصورية في اسباب الطلاق التي تذكرها تلك القوانين .
انما الخلاف على ما اراه هو حول اصل فكرة الطلاق ، فان اكثر القوانين تنظر الى الطلاق على انه عقوبة للزوج الآخر ، بينما الاسلام يرى ان الطلاق علاج لعقوبة .

القوانين الاجنبية تعاقب الزوج الزاني فتفرق بينه وبين زوجته لان الامر لايهم سواهما بحيث لو صفح احدهما عن الآخر لم تكن هناك جريمة ولا طلاق .
اما في الاسلام فهو موضوع الاسرة يتعدى مصلحة الزوجين الى المجتمع ، فاذا شرع الله الطلاق فانما ليتدارك وضع اسرة تفكك رباطها وتعذر اصلاحها ، حتى نبني من جديد امرتين متكاملتين قويتين .

فليس الطلاق عقوبة لأحد الزوجين في شريعة الاسلام ولكنه علاج لوضع نشأ في الأسرة فتعذر معه استمرار الحياة المشتركة . ولهذا تدوم صلة الرعاية والحنان بين الزوجين في العدة وما بعد العدة برباط النفقة اثناء العدة وبرباط النسب ورعاية الاطفال بعد العدة .

(١١) المراجع والمصادر

١ — الفقه الحنفي

- الجامع الصغير للإمام مجد بن الحسن الشيباني (١٨٩ هـ) طبع الهند ١٢٩١ هـ
مختصر الطحاوي (٣٢١ هـ) مطبعة دار الكتاب العربي القاهرة ١٩٥١ م
مختصر القدوري (٤٢٨ هـ) طبع الاستانة ١٣١٠ هـ .
المبسوط للسرخسي (٤٣٨ هـ) طبع مصر ١٣٢٤ هـ
تحفة الفقهاء للسمرقندي (٥٤٠ هـ) في ثلاثة اجزاء تحقيق الدكتور مجد زكي
عبد البر . دمشق ١٩٥٨ - ١٩٦٠
بدائع الصنائع للكاساني (٥٨٧ هـ) القاهرة ١٣٢٨ هـ
الهداية للمرغيناني (٥٩٣ هـ) مطبوع مع فتح القدير
المحيط في الفقه الحنفي . مخطوط في مكتبة الازهر رقم ٣٤٨٨ (٥٤٨٠٨)
لبرهان الدين محمود بن احمد بن عبد العزيز (٥٤٠ هـ)
الذخيرة في الفقه الحنفي . مخطوط في مكتبة الازهر رقم (١٥٨٤) ٢٠٨٥٦
ويوجد منه نسخة في المكتبة الاحمدية في حلب في مكتبة الاوقاف رقم (٤٢٨)
وتقع في ثمانية مجلدات . كما توجد منه نسخة في دار الكتب المصرية رقم (٤٨١)
كنز الدقائق للنسفي (٧١٠ هـ) مطبوع مع شروحه : البحر الرائق ،
وتبيين الحقائق .

(١) اقتصر في ذكر المراجع على امم مارجت اليه في هذا البحث ونقلت عنه خلافا لما
يذهب اليه الكثير من وضع مصادر لم يطلع عليها . كما اني اخترت ذكر اسماء الكتب لانها ادل
على ذكر المؤلفين فضلا عن انها طريقة سبقنا الكثير اليها . واترك ههنا ذكر المصادر الرجوع
الى فهراس المكتبات العامة ففيها ما يكفي .

تبيين الحقائق للزيلعي (٥٧٤٣) المطبعة الاميرية . القاهرة ١٣١٣ هـ
 العناية شرح على الهداية مطبوع مع فتح القدير للبارقي (٥٧٧٦)
 السراج الوهاج مخطوط في مكتبة الازهر (٢٧١) ٧٥٥٣ للحدادي (٥٨٠٠)
 الجوهره شرح متن القدوري لابي بكر محمد العبادي طبع الاستانة ١٣٠١ هـ
 فتح القدير لابن الهمام (٥٨٦١) وهو شرح الهداية . المطبعة التجارية . القاهرة
 حاشية سعد الله بن عيسى المقي الشهير بسعدي جلي (٥٩٤٥) على العناية
 شرح الهداية للبارقي . مطبوع على هامش فتح القدير .
 حاشية الشلبي على شرح الزيلعي على كنز الدقائق . المطبعة الاميرية ١٣١٣ هـ
 درر الاحكام في شرح غرر الاحكام للاخمسرو (٥٨٨٥) طبع الاستانة
 ١٣١٩ هـ .

تنوير الابصار للحمز تاشي (١٠٠٤) مطبوع مع شرحه رد المختار
 الباب الهمداني وهو شرح على مختصر القدوري . المطبعة الجالية ١٣٣٠ هـ
 معين الحكام فيما يتروذبين الحصين من الاحكام للشيخ علاء الدين ابي الحسن
 علي بن خليل الطرابلسي (٥٨٤٤) المطبعة الاميرية ١٣٠٠ هـ
 الدر المختار شرح تنوير الابصار للحصكفي (٥١٠٨٨)
 حاشية على الدر المختار للطحطاوي (١٢٣١) المطبعة الاميرية ١٢٨٢ هـ
 البحر الرائق لابن نجيم . المطبعة العلمية بالقاهرة
 منحة الخالق شرح على البحر الرائق لابن عابدين (١٢٥٢ هـ) مطبوع على
 هامش البحر الرائق .

رد المختار على الدر المختار لابن عابدين . الطبعة الاميرية الثانية بالقاهرة
 رسائل ابن عابدين . طبع القاهرة ١٣٢٥ هـ
 التحرير المختار على الدر المختار لعبد القادر الرافعي (١٣٢٣ هـ) المطبعة الاميرية
 في القاهرة ١٣٢٣ هـ
 الاشباه والنظائر لابن نجيم المصري (٥٩٧٠ هـ) المطبعة الاميرية ١٢٩٨ هـ

٢- الفقه الشافعي

الأم : للامام محمد بن ادريس الشافعي المتوفي عام (٢٠٤هـ) وهو في سبعة اجزاء وقد جاء في مقدمة الجزء بحث في اصول الفقه ومطبوع في كتاب مستقل واسمه الرسالة. المطبعة الاميرية سنة ١٣٢١ هـ .

مختصر الامام ابي ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني المتوفي عام ٢٦٤ مطبوع على هامش الأم .

المهذب لأبي اسحاق ابراهيم الفيروز ابادي الشيرازي (٤٧٦ هـ) وهو جزءان مطبعة عيسى البابي ١٣٤٣ هـ

الوجيز في الفقه الشافعي للامام الغزالي (٥٠٥ هـ) في جزئين بذكر في كل مسألة رأي المذاهب الاربعة بايجاز . مطبعة الآداب والمؤيد بالقاهرة عام ١٣١٧ هـ .

المجموع شرح المهذب للنووي (٦٧٦ هـ) . المطبعة المنيرية في القاهرة .
فتح العزيز شرح الوجيز للشيخ عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفي (٦٢٣ هـ) مطبوع مع المجموع .

وبليه التلخيص الحبير في تحريج احاديث الرافعي للحافظ ابن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) .

المنهاج للنووي على هامش مغني المحتاج
اسنى المطالب في شرح روض الطالب : لشيخ الاسلام زكريا بن محمد الانصاري الشافعي (٩٢٦ هـ) وهو شرح على روض الطالب لابن ابي بكر المقرئ اليمني طبع المطبعة الميمنية بالقاهرة (١٣١٣ هـ) .

تحفة المحتاج شرح المنهاج لابن حجر (٩٧٤) هـ
مغني المحتاج شرح المنهاج للشيخ محمد الشريفي الخطيب (١٠٧٧هـ)، مطبعة مصطفى
البابي ١٩٣٣ م .

نهاية المحتاج الى شرح المنهاج تأليف شمس الدين محمد ابن الامام العارف بالله شهاب
الدين أحمد الرملي المتوفى عام (١٠٠٤ هـ) وهو في ثمانية مجلدات . مطبعة
مصطفى البابي الحلبي ١٩٣٨ م

حاشية الشبراملسي للعلامة الشيخ أبي الضياء نور الدين علي بن علي المعروف
بالشبراملسي القاهري المتوفى عام (١٠٨٧ هـ) .

حاشية الشيخ سليمان البجيرمي (١٢٢١هـ) على شرح منهج الطلاب . وشرح منهج
الطلاب هو لشيخ الاسلام زكريا الانصاري ، مطبعة بولاق بالقاهرة
١٢٩٢ هـ .

الميزان الكبرى لسيدى عبد الوهاب الشعراني المطبعة الحسينية ببصر ١٣٢٩هـ .
والمطبعة الأميرية ١٢٧٥ هـ .

رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لمحمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي .
مطبعة مصطفى البابي بالقاهرة ١٩٦٠ م .

الدر المضيه في الرد على ابن تيميه للسبكي (٧٥٦ هـ) دمشق ١٣٤٧ هـ
توغيب المشتاق في احكام الطلاق تأليف الشيخ عبد المعطي السلاوي
١٣٤٩ هـ

...

٣ - الفقه المالكي

المدونة الكبرى : للإمام مالك بن انس (١٧٩ هـ) رواية مسخون عن عبد الرحمن بن القاسم عن مالك .

في ستة عشر جزءاً مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٣ هـ
المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الاحكام الشرعية
للإمام ابي الوليد محمد بن احمد بن رشد (٥٢٠ هـ) في جزئين مطبعة
السعادة بمصر ١٣٢٥ هـ

بداية المجتهد ونهاية المقتصد تأليف ابي الوليد محمد القرطبي الاندلسي المالكي
المشهور بابن رشد الحفيد (٥٩٥ هـ) وهو في جزئين ويجمع فقه
المذاهب الاربعة كما يمتاز بالتعليل في اكثر مسائله ولكن نقله عن
المذاهب يحتاج الى تحرير . طبع دار الكتب العربية ١٣٣٥ هـ
الفروق لشهاب الدين احمد القرافي (٦٨٤ هـ) في اربعة اجزاء مطبعة الحلبي
١٣٤٤ هـ وحاشيته « ادرار الشروق » للقاسم بن عبد الله الشهير
بابن الشاط (٧٢٣ هـ) وتنقيحه المسمى « تهذيب الفروق » لمحمد
علي بن الحسين المكي المالكي .

القوانين الفقهية لابن جزي وهو محمد بن احمد بن جزي الغرناطي . (٧٤١ هـ)
طبع تونس ١٩٢٦ . يجمع الى جانب الفقه جانباً من السيرة والتاريخ
والتصوف . كما يذكر بعض الخلافات الفقهية في المذاهب الاربعة .
تبصرة الحكماء في اصول الاقضية ومناهج الاحكام لبرهان الدين ابراهيم الشهير
بابن فرحون (٧٩٩ هـ) المطبعة الشرقية بالقاهرة سنة ١٣٠١ هـ .
مختصر سيدي خليل . طبع مكتبة عيسى البايي بمصر ١٩٣١ م .

وشروحه :

مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للامام الخطاب : محمد بن عبد الرحمن
المغربي الاصل (٩٥٤ هـ) .

وبهامشه :

التاج والاكلیل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق المتوفي (٨٩٧ هـ) .
مطبعة السعادة (١٣٢٩ هـ)

شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل طبع مصر ١٣٠٧ هـ

شرح الحرشي على مختصر خليل طبع مصر ١٣١٧ هـ .

حاشية العدوي على شرح الحرشي ومطبوع معه .

الشرح الكبير للدردير (١٢٠١) على مختصر خليل . المطبعة .

حاشية عرفة الدسوقي (١٢٣٠ هـ) على شرح الدردير .

منح الجليل شرح مختصر خليل طبع مصر ١٢٩٤ للشيخ محمد عlish (١٢٩٠ هـ)

المعيار للواشرسي . طبع فاس ١٣١٥ هـ

مفيد الاحكام فيما يعرض لهم من نوازل الاحكام تأليف القاضي ابي الوائدهشام

ابن عبد الله بن هشام الازدي القرطبي نسخة مخطوطة كتبت سنة

٩٦٥ في مكتبة الاسكوريال ١٠٦٦/١٣٩ ق مصورة في فيلم معهد

المخطوطات العربية رقم ٣٥ فقه مالكي .

التحفة لابن عاصم (٨٢٩ هـ) طبع الجزائر ومعها ترجمة بالفرنسية وتعليقات

للاستاذين :

F.martel, O.xbudas وموجودة بمكتبة القاهرة رقم ٦٤٩٨ .

البهجة شرح التحفة للتسولي طبع مصر

بدر الزوجين ونفحة الحرمين على مذهب السادة المالكية تأليف ابو بكر

الكشناوي ١٩٥٧ م

الذخيرة : تأليف شهاب الدين القراقي (٦٨٤ هـ) ويقع في خمسة عشر مجلد

ظهر منه المجلد الاول مطبعة كلية الشريعة في الازهر ١٣٨١ هـ

الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام للقراقي . القاهرة .

٤ - الفقه الحنبلي

- مختصر الخرقى المتوفى (٣٣٤) طبع دمشق . ومع شرحه المغني .
المغني لموفق الدين ابن قدامة المقدسي (٥٦٣٠) وهو شرح على مختصر الخرقى
مطبعة المنار في القاهرة ١٣٤٨ هـ .
الشرح الكبير لابن قدامة (شمس الدين) المتوفى سنة ٦٨٢ هـ وهو شرح
على المقنع لموفق الدين بن قدامة . مطبوع على هامش المغني . مطبعة المنار بالقاهرة
١٣٤٨ هـ ومطبوع بمفرده في المكتبة السلفية بالقاهرة .
الاقتناع لطالب الانتفاع تأليف شرف الدين المقدسي (٩٦٨ هـ) طبع
القاهرة ١٣٥١ هـ .
المحرر في الفقه مجد الدين ابوالبركات (٥٦٥٢) مطبعة السنة المحمدية ١٩٥٠ م
النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر . شمس الدين ابن مفلح الحنبلي
المقدسي (٧٦٣) هـ
التنقيح المشع في تحرير احكام المقنع تأليف علاء الدين علي بن سليمان المرداوي
(٥٨٨٥) المطبعة السلفية القاهرة .
غاية المنتهى في الجمع بين الاقتناع والمنتهى تأليف الشيخ مرعي بن يوسف
الحنبلي . ثلاثة اجزاء طبع دمشق .
كتاب الهادي او عمدة الحازم لموفق الدين بن قدامة . دمشق
الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ١٩٦١ م
الانصاف لمعرفة الخلاف للمرداوي في اثني عشر مجلدا . القاهرة ١٩٦٠

الفروع لمحمد بن مفلح الحنبلي مع حاشيته تصحيح الفروع لعلي المقدسي
مطبعة المنار في القاهرة .

القواعد لابن رجب الحنبلي (٧٩٥ هـ) القاهرة

زاد المعاد في هدى خير العباد لابن القيم (٧٥١ هـ) مطبعة محمد علي صبيح
في القاهرة

اعلام الموقعين لابن القيم المطبعة التجارية في القاهرة

اغاثة اللهم فان لابن القيم مطبعة مصطفى الباي الحلبي في القاهرة

العدة شرح العمدة تأليف بهاء الدين عبد الرحمن المقدسي . المطبعة السلفية في القاهرة

* * *

٥ - مراجع في الفقه الزيدي

- المجموع للإمام زيد (١٢٢ هـ)
المنتزع المختار للشيخ عبد الله بن مفتاح (٨٧٧ هـ) القاهرة ١٣٣٢
البحر الزخار للمرئى (٨٤٠ هـ) القاهرة ١٩٤٨ م مطبعة الخانجي
التاج المذهب لأحكام المذهب للقاضي أحمد بن قاسم العنسي الباني . القاهرة
١٩٣٨ م . مطبعة الحلبي .
الروضة الندية للعلامة السيد صديق خان شرح الدرر البهية . المطبعة
المنيرية في القاهرة
الدرر البهية للشوكاني (١٢٥٥ هـ) .
الروض النضير شرح المجموع لشرف الدين الحيمي الصنعاني (١٣٢١ هـ)
مطبعة السعادة ١٣٤٩ هـ .

٦ - مراجع في الفقه الظاهري

- الحلى لابن حزم (٤٥٦ هـ) طبع القاهرة (١٣٥٢ هـ)
ابطال القياس لابن حزم طبع القاهرة .
الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم مطبعة السعادة . القاهرة (١٣٤٨)
مراتب الإجماع لابن حزم . مكتبة القدسي ١٣٥٧ هـ

٧ - مراجع في الفقه الإباضي

- النيل لضيء الدين عبد العزيز (١٢٢٣ هـ)
شرح النيل وشفاء العليل محمد اطفيش (١٣٣٢) القاهرة ١٣٤٣ مطبوع مع النيل .
شامل الاصل والفرع للشيخ محمد اطفيش . المطبعة السلفية ١٣٤٨ هـ

٨ - مراجع الفقه الجعفري

- المختصر النافع في فقه الامامية . لأبي القاسم نجم الدين الحلي المتوفي ٦٧٦ هـ
الاحكام الجعفرية في الاحول الشخصية تأليف الشيخ عبد الكريم رضا الحلي . ١٩٤٧ هـ
اصل الشيعة واصولها تأليف محمد الحسين آل كاشف الغطاء . الطبعة السابعة .
العروة الوثقى محمد كاظم الطباطبائي مطبعة دار السلام ١٣٣٠ هـ بغداد
السرائر للشيخ محمد ادريس . طبع حجر ايران
الاستبصار للطومسي (١٤٦٠ هـ) مطبعة النجف
التهذيب للطومسي . طبع النجف
من لا يحضره الفقيه للصدوق (٣٨٥ هـ) طبع النجف
الكاظمي للكليني (٣٢٩ هـ) طبع حجر .
الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهير العاملي . تحقيق عبد الله السبتي ١٩٦٠ القاهرة
قواعد الاحكام لابن مطهر الحلي مخطوط ١٨٨٦ هـ
شرائع الاعلام لنجم الدين بن سعيد الحلي . طبع حجر ايران ١٣٠٢ هـ .
وشرحه جواهر الكلام طبع حجر . ويطبع الآن في بغداد
النهاية للطومسي : مخطوط .
تذكرة الفقهاء للحسن بن يوسف المعروف بالعلامة الحلي (٧٢٦ هـ)
تحقيق مرتضى الخليلي . مطبعة النجف ١٩٥٥ . لا يزال تحت الطبع .
مستمسك العروة الوثقى لآية الله السيد محسن الحكيم
مختلف الشيعة للطومسي طبع حجر ايران .
مفتاح الكرامة للعاملي . طبع القاهرة ١٣٢٦ هـ
الفصول الشرعية على مذهب الامامية تأليف محمد جواد مغنية . الطبعة الاولى
بيروت ١٣٧٠ هـ

٩ - كتب الفتاوى

الفتاوى الفقهية الكبرى : تأليف ابن حجر الهيتمي (٩٧٤ هـ) طبع
القاهرة ١٣٥٧ هـ

الفتاوى البزازية . لحافظ الدين محمد المعروف بابن البزاز الكردي (٨٢٧ هـ)
الفتاوى الحانية . للامام فخر الدين حسن الاوز جندى المعروف
بقاضي خان (٥٩٢ هـ)

فتاوى ابن تيميه (٧٢٨ هـ) مطبعة الكردي في القاهرة ١٣٢٨ هـ .
فتاوى عlish المطبعة الاميرية في القاهرة .

فتاوى ابن نجيم (٩٧٠ هـ) .

الفتاوى الهندية . جمعت في سنة (١٠٧٠ هـ) طبع بولاق ١٣١٠ هـ .

الفتاوى الخيرية لنفع البرية للرمل (١٠٨١ هـ) المطبعة الاميرية ١٣٠٠ هـ

الفتاوى الطرسوسية ، او انفع الوسائل الى تحرير المسائل : لتجيم

الدين الطرسوسي (٧٥٨ هـ)

الفتاوى المهديية لمحمد العباس المهدي (١٣١٥ هـ) المطبعة الازهرية ١٣٠١ هـ .

١٠ - كتب الطبقات والتراجم

سير اعلام النبلاء الذهبي (٧٨٤ هـ) دار المعارف في مصر (صدر
منه ثلاثة اجزاء)

اعيان الشيعة للسيد محسن الامين . الطبعة الرابعة بيروت ١٣٨٠ هـ .

الاصابة في تمييز الصحابة لابن حجر المطبعة التجارية في القاهرة

الاستيعاب لابن عبد البر على هامش الاصابة

الطبقات الكبرى لإبن سعد طبع بيروت ١٩٦٠ م
وفيات الاعيان لإبن خلكان تحقيق محي الدين عبد الحميد . طبع القاهرة
الفوائد البهية لمحمد بن عبد الحمي الكنوي (١٣٠٤ هـ) القاهرة ١٣٢٤
طبقات الشافعية للسبكي طبع القاهرة
طبقات الخنابلة مطبعة السنة المحمدية . القاهرة ١٣٧١ هـ
الاعلام للزركلي . الطبعة الثانية .
كشف الظنون عن اسامي الكتب والفنون لحاجي خليفة . طبع استانبول ١٩٤٣ م
معجم المطبوعات العربية لسركيس يوسف البان . القاهرة ١٣٤٦ هـ
فهرست دار الكتب المصرية .
فهرست مكتبة الازهر .

١١ - اصول الفق

كشف الاسرار للشيخ عبد العزيز البخاري (١٧٣٠ هـ) وهو شرح اصول
الامام فخر الاسلام البردوي (٤٨٢ هـ)
المستقصى من علم الاصول للغزالي (٥٠٥ هـ) المطبعة الاميرية ١٣٤٢ هـ
الاحكام في اصول الاحكام للامدي اربعة اجزاء طبع دار المعارف ١٩١٤ م .
التلوييح على التوضيح للمحقق سعد الدين التفتازاني (٧٩٣ هـ) طبع الاستانة
التحرير لابن الهمام (٨٦١ هـ) المطبعة الاميرية القاهرة ١٣١٦ هـ .
ارشاد الفحول للشوكاني القاهرة ١٣٢٧ هـ
الموافقات للشاطبي (٧٩٠ هـ) تحقيق الشيخ عبد الله دراز . طبع القاهرة
اصول السرخسي . طبع لجنة احياء المعارف العثمانية
المنار للنسفي (٧١٠ هـ)
وشرحه : لإبن ملك .
وحاشيته : عزمي زاده (١٠٤٠ هـ) طبع استانبول ١٣١٥ هـ
فتح الغفار شرح المنار لابن نجيم (٩٧٠ هـ) مطبعة الباني ١٣٥٥ هـ
وحاشيته : ابن الحلبي (٩٧١ هـ)

١٢ - تفسير واطام القرآن

احكام القرآن لابن العربي (محمد بن عبد الله المتوفى ٥٤٣ هـ) الطبعة الاولى ٥٣٧٨ هـ . دار احياء الكتب العربية في اربعة اجزاء تحقيق علي محمد البجاوي وفي الجزء الاخير فهرس عامة للكتاب .

في ظلال القرآن للاستاذ سيد قطب . دار احياء الكتب العربية الثانية .

احكام القرآن للجصاص (٣٧٠ هـ) طبع الاستانة ١٣٢٨ هـ .

الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٦٧١ هـ) دار الكتب المصرية في القاهرة الطبعة الثانية .

جامع البيان في تفسير القرآن للطبري (٣١٠ هـ) المطبعة الاميرية . ١٣٢٣ طبعة دار المعارف لم تتم بعد .

روح المعاني في تفسير القرآن للالوسي (١٢٧٠ هـ) الطبعة الاميرية ١٣٠١ هـ

مجمع البيان للطوسي . طبع دار التقريب بين المذاهب الاسلامية في القاهرة ١٩٦٠ م طبع حجر في ايران . وطبع بيروت .

تفسير آيات الاحكام لجامعة من اساتذة كلية الشريعة في الازهر .

تفسير القرآن الكريم (عشرة اجزاء) للشيخ محمود شلتوت .

تفسير الفخر الرازي . المطبعة الحيرية في القاهرة .

تفسير المنار . طبع القاهرة دار المنار .

تفسير المحيط لابن حبان . القاهرة ١٣١٣ .

١٣ - في الحديث النبوي

- الموطأ للإمام مالك بن انس (١٧٩ هـ) طبع القاهرة ١٣٢٠ هـ
 نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخبار للشوكاني (١٢٥٠ هـ)
 وهو شرح كتاب المنتقى لابن تيمية . الطبعة العثمانية (١٣٥٧ هـ)
 سبل السلام للصنعاني (١١٤٢ هـ) .
 الباعث الحديث لابن كثير . طبع القاهرة .
 مسند الامام احمد . طبع دار المعارف لم يتم . وطبع الحلبي في القاهرة
 ١٣١٣ هـ .

- فتح الباري شرح صحيح البخاري . طبع بولاق ١٣٠٠ هـ .
 صحيح مسلم شرح النووي . طبع بولاق ١٢٩٠ هـ .
 سنن ابي داود . المطبعة التجارية في القاهرة .
 سنن الترمذي . طبع بولاق ٢١٩٢ هـ .
 سنن النسائي . المطبعة التجارية في القاهرة
 سنن ابن ماجه . طبع القاهرة ١٣١٣ هـ
 المستدرك للحاكم . طبع الهند ١٣٣٤ هـ
 معاني الاثر للطحاوي . طبع الهند ١٣٠٢ هـ
 بلوغ المرام لابن حجر . المطبعة التجارية في القاهرة ١٣٥٢ هـ
 عون المعبود شرح سنن ابي داود طبع الهند ١٣٢٣ هـ
 جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر . طبع القاهرة

١٤ - مؤلفات فقهية عربية

- الثقافة الاسلامية للشيخ محمد واغب طباطبا ط ١٩٥٠ م
التفسير والمفسرون محمد حسين ذهبي ثلاثة اجزاء ط ١٩٦١ م
احكام المعاملات الشرعية للشيخ علي خفيف ط ١٩٤٤ م
قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للسيد جمال الدين القاسمي ط ١٩٢٥ م
الامام الصادق للشيخ محمد أبو زهرة ط ١٩٦٠
مباحث الحكم عند الاصوليين للدكتور محمد سلامة مذكور ط ١٣٧٩ هـ
الاكراه بين الشريعة والقانون للشيخ محمد زكريا البرديسي ط ١٩٦٠ م
اصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسي ط ١٣٨١ هـ
الاباحة عند الاصوليين والفقهاء بحث مقارنة للدكتور محمد سلام مذكور ط ١٩٦١ م
المدخل للفقه الاسلامي للدكتور محمد سلام مذكور ط ١٣٨٠ هـ
ابو حنيفة للشيخ محمد أبو زهرة ط ١٣٦٦ هـ القاهرة
الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية للشيخ محمد أبو زهرة ط ١٣٥٧ هـ
نظام النفقات في الشريعة الاسلامية للشيخ احمد ابراهيم ط ١٣٤٩ هـ
مقارنة المذاهب في الفقه للشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد علي سايس ط ١٣٧٣ هـ
المدخل الى علم اصول الفقه للدكتور محمد معروف الدواليبي ط ١٣٧٨ هـ دمشق
تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد خضري ط ١٣٧٣ هـ
اصول الفقه للشيخ محمد الخضري . الطبعة الثالثة .
اصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة . القاهرة ١٩٦٠ م
ابو حنيفة للشيخ محمد أبو زهرة . دار الفكر العربي ١٣٦٦
سلم الوصول الى علم الاصول للشيخ عمر عبد الله ١٩٥٩ م

منهج القرآن في بناء المجتمع للشيخ محمود شلتوت
تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره للدكتور محمد سلام مدكور ط ١٩٥٩ م
حسن الأموة بما ثبت من الله ورسوله في النسوة تأليف صديق حسن خان
طبع القاهرة

فقه الكتاب والسنة للدكتور محمد يوسف موسى ط ١٣٧٣ هـ
النسخ في الشريعة الاسلامية عبد المتعال محمد الجبري ط ١٣٨٠ هـ
المدخل في التعريف في الفقه الاسلامية وقواعد الملكية والعقود فيه الدكتور
محمد مصطفى الشلبي ط ١٣٨٠ هـ
الفقه الاسلامي المدخل ونظرية العقد الدكتور عيسوي أحمد عيسوي
احمد بن حنبل للشيخ محمد ابو زهرة دار الفكر العربي ١٩٤٧ م
الشافعي للشيخ محمد ابو زهرة .

السنة ومكانتها في التشريع الاسلامي للدكتور مصطفى السباعي . طبع
القاهرة ١٣٨٠ هـ

مصادر التشريع فيما لانص فيه للشيخ عبد الوهاب خلاف القاهرة ١٩٥٥
الاسلام عقيدة وشريعة للاستاذ الاكبر الشيخ محمود شلتوت . مطبعة
دار القلم في القاهرة .

تحقيق معنى السنة وبيان الحاجة اليها . السيد سليمان الندوي المطبعة
السلفية ١٣٧٧ هـ .

شريعة القرآن للشيخ محمد ابو زهرة ١٩٦١ م
عوارض الاهلية للدكتور حسن النوري ١٩٥٤ م
مصادر الحق في الفقه الاسلامي . دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث
للدكتور عبد الرزاق السنهوري .

الجزء الاول : صيغة العقد ١٩٥٣ م
الجزء الثاني : توافق الارادة ، صحة التراضي ١٩٥٤ م

الجزء الثالث : محل العقد ١٩٥٦ م

الجزء الرابع : نظرية السبب ونظرية البقلان ، ١٩٥٧ م

الجزء الخامس : اثر العقد بالنسبة للاشخاص القاهرة ١٩٥٧ م

الجزء السادس : اثر العقد بالنسبة للموضوع القاهرة ٢٩٥٩ م

النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية للدكتور شفيق شحاتة ١٩٣٦ م

تعلييل الاحكام للدكتور مصطفى الشابي مطبعة الازهر القاهرة ١٩٤٩ م

نظرية تحمل التبعة في الفقه الاسلامي القاهرة ١٩٥٠

فلسفة التشريع في الاسلام للدكتور صبحي الحمصاني بيروت ١٦٥٢ م

التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي للدكتور وحيد سوار القاهرة ١٩٦٠ م

الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي . دار الكتاب العربي

القاهرة ١٩٥٢ م

المدخل الى نظرية الالتزام العامة الجزء الثاني دمشق ١٩٥٨ م

. . .

١٥ - مراجع عامة

الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الأخبار للحافظ أبي بكر محمد بن موسى
الحازمي الهمداني المتوفى سنة (٥٨٤ هـ) الطبعة الاولى حلب ١٣٤٦ هـ
السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية لتقي الدين بن تيمية الطبعة
الثانية ١٩٥١ م

محاضرات في النصرانية محمد أبو زهرة الطبعة الثانية ١٩٤٩ م
الأُسرة والمجتمع للدكتور علي عبد الواحد وفي الطبعة الرابعة ١٩٥٨ م
الأُسرة في المجتمع العربي القديم للدكتور عبد العزيز صالح القاهرة ١٩٦١ م
حياة المسيح الاستاذ عباس محمود العقاد ١٩٥٨ م
كيف تكتب بحثاً أو رسالة للدكتور أحمد شلبي . الطبعة الثالثة ١٩٥٧ م
مكتبة النهضة المصرية .

محاسن الإسلام وشرائع الإسلام لأبي عبد الله البخاري مكتبة القدسي
١٣٥٧ هـ

مراتب الإجماع لابن حزم مكتبة القدسي ١٣٥٧ هـ

نقد مراتب الإجماع لابن تيمية مكتبة القدسي ١٣٥٧ هـ

شرح المجلة المرحوم سليم رستم باز ١٩٢٣ م بيروت

تحرير المجلة كاشف الغطاء . النجف ١٣٥٩ هـ

المقارنات والمقابلات لحافظ صبري ١٩٠٢ مطبعة هندية

الاورضاع التشريعية في الدول العربية للدكتور صبحي محصاني بيروت ط ١٩٥٧ م
الأمرة والمرأة للدكتور صلاح الدين الناهي بغداد
النظم الاجتماعية والسياسية عند قدماء العرب تأليف مجد محمود جمعة ط ١٩٤٩ م

مناهج العلماء المسلمين في البحث العلمي . تأليف الدكتور فارنتز روزنتال

بيروت ١٩٦١

حياة شيخ الاسلام ابن تيمية للشيخ محمد بهجت البيطار ١٣٨٠ هـ

المرأة عند قدماء اليونان الدكتور محمود سلام الزناتي ١٩٥٧ م

المرأة عند الرومان ، ، ، ، ١٩٥٨ م

اختلاط الجنسين عند العرب الدكتور محمود سلام الزناتي ١٩٥٩ م

الاقباط . حلمي جرجس ١٩٥٦ م

امرار الكنيسة . القاهرة

علم الاجتماع الجنائي للدكتور حسن الساعاتي .

مجلة القانون والاقتصاد .

مجلة المحاماة الشرعية .

مجلة المحاماة .

مجموعة دالوز .

قواعد الاحكام في مصالح الانام للشيخ عز الدين بن عبد السلام (٥٦٦٠ هـ)

مطبعة الاستقامة في القاهرة .

النظائر للسيوطي (٩١١ هـ) مطبعة مصطفى البابي بالقاهرة ١٩٣٨ هـ .

١٦ — مؤلفات مرتبة في الاحوال الشخصية

الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية الشيخ احمد ابراهيم الطبعة الثالثة
١٩٣٨ م القاهرة

شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية تأليف الشيخ محمد زيد
الايباني ١٩٢٤ م القاهرة

عقد الزواج وآثاره الشيخ محمد ابو زهرة ١٩٥٨ م القاهرة
احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية تأليف الشيخ عمر عبد الله
١٩٥٨ م القاهرة

احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية تأليف الشيخ عبد الرحمن
تاج ١٩٥٥ م القاهرة

الاحوال الشخصية قسم الزواج للشيخ محمد ابو زهرة ١٩٥٠ م القاهرة
شرح قانون الاحوال الشخصية الدكتور مصطفى السباعي ١٩٥٨ م دمشق
براهين الكتاب والسنة الناطقة على وقوع الطلاقات المجموعة منجزة أو معلقة
تأليف شيخ سلامة القضاعي الشافعي ١٣٦٦ هـ

مشروع الزواج والطلاق محمد احمد عدوي وعبد العزيز خولي ١٩٢٨ م
الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية تأليف محمد محي الدين عبد الحميد
١٩٥٨ م

فرق الزواج للشيخ علي الحنيف ١٩٦٠ م
الزواج والطلاق في الاسلام للدكتور محمد سلام مذكور ١٩٥٧ م
الزواج والطلاق في الاسلام تأليف بدوان ابو العينين بدوان ١٩٥٧ م

مذكرات في فقه القرآن والسنة للشيخ محمد الزفزاف . كلية الحقوق
جامعة القاهرة

الزواج والطلاق على المذاهب الخمسة للشيخ محمد جواد مغنية بيروت
١٩٦٠ م

فقه الكتاب والسنة للشيخ حسن مأمون .
عيون المسائل الشرعية في الاحوال الشخصية للاستاذ علي محمد حسب الله
الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للشيخ عبد الوهاب خلاف

١٣٥٤ هـ

الزواج في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية تأليف انور الخطيب بيروت
١٩٦٠ م

بحوث في التشريع الاسلامي واسانيد قانون الزواج والطلاق للشيخ
مصطفى المراغي . طبع مصر ١٣٤٦ هـ

احكام الزواج والاحوال المتفرعة عنه في سوريا للاستاذ مصطفى الزرقاء
١٩٥٣ م دمشق

الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية مطبعة التأليف ١٨٩٥ م القاهرة
خلاصة احكام الاسرة للشيخ عبد الحكيم محمد . القاهرة .

خلاصة الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية . محمد سلامة . القاهرة
القول الجامع في الطلاق البدعي والمتابع للشيخ محمد نجيت المطبعة الخيرية

بصر ١٣٢٠ هـ

فقه القرآن والسنة للشيخ علي قراءة . القاهرة ١٩٥٨ م .

مراجع الاحوال الشخصية لغير المسلمين

- قضاء الاحوال الشخصية للطوائف المالية تألف أحمد صفوة ط ١٩٣٦ م
- احكام الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين تأليف المستشار حلمي بطرس ط ١٩٥٧ م
- شرح الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للمستشار تادرس ميخائيل تادرس الطبعة الاولى
- مذكرات على الآلة الكاتبة في الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور فؤاد شباط
- انحلال الزواج واسبابه في التشريعات الاوربية للدكتور جميل الشرقاوي
- الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وللأجانب للدكتور احمد سلامة ط ١٩٦٠ م
- احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين خمسة اجزاء للدكتور شفيق شحاتة ١٩٥٧-١٩٦١ م
- احكام الشرعية في الاحوال الشخصية للاسرائيليين تأليف م . حاي بن شمعون ط ١٩١٢ م
- القراءون والربانون تأليف مراد فرج ١٩١٨ م
- شعار الحضر في الاحكام الشرعية الاسرائيلية للقوانين تعريب وشرح مراد فرج ١٩١٧ م
- شرح مبادئ الاحوال الشخصية للطوائف المالية تأليف امهات حسن اسماعيل ١٩٥٧ م

— انحلال الزواج في شريعة الاقباط الارثوذكس تأليف الدكتور إهاب
حسن اسماعيل ١٩٥٩ م

— الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور جميل الشرقاوي مكتبة
النهضة المصرية

— الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين تأليف محمد
محمود غمر وإلفي بقطر حبشي ١٩٥٧

— الخلاصة القانونية في الاحوال الشخصية لكنيسة الاقباط الارثوذكسيين
تأليف الايغومانس فيلوتاؤس مع شرح جرجس فيلوتاؤس عوض ط ١٩٣٣ م

— الاحوال الشخصية للأجانب في مصر تأليف جميل خانكي ١٩٥٠ م

— محيط المبائىء الحديثة للقضاء المصري في الاحوال الشخصية وضع محمد
حلمي عبد القاضي ١٩٥٧ م

— القانون الدولي والملي الخاص في فلسطين والشرق الادنى تأليف المستر
فريدريك م كودي القدس ١٩٣١

— مقدمة للاسفار غير القانونية ترجمة القس صالح سابا

— المسيحية في الاسلام تأليف ابراهيم لوقا ١٩٥٨ م

التقنين المدني اليوناني للاستاذ جورج رويلوس

الأحوال الشخصية للأجانب والمصريين تأليف كامل عثمان ١٩٥٨ م

الاحوال الشخصية في القانون الفرنسي للدكتور حسن الاشموني ١٩٥٠ م

١٧ — المكتب القانوني

أصول القانون للدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور أحمد حشمت
أبو ستيت ١٩٥٢ م

أصول تاريخ القانون للدكتور عمر ممدوح مصطفى ١٩٥٤ م
بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني الدكتور صوفي حسن أبو طالب .
الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها للدكتور محمد معروف الدواليبي

١٣٧٤ هـ

أصول القانون للدكتور حسن كيرة ١٩٥٦ م
الفقه الإسلامي والقانون الروماني محمد أبو زهرة
الاقباط حلمي جرجس ١٩٥٦ م
جرائم البغاء دراسة مقارنة للدكتور محمد نيازي حتاته ١٩٦١ م
المدخل للقانون الحاسر تأليف الدكتور عبد المنعم البدر اوي .
الحقوق الرومانية الدكتور عبد المنعم البدر اوي
التقنين المدني الجديد للدكتور محمد علي عرفه دار النهضة المصرية ١٩٤٩ م
نظرية العقد الدكتور سليمان مرقس دار النشر للجامعات القاهرة ١٩٥٧
نظرية بطلان التصرف القانوني الدكتور جميل الشرقاوي القاهرة ١٩٥٦
المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية للدكتور سليمان مرقس دار النشر
للجامعات القاهرة ١٩٦٠
نظرية الالتزام العامة للاستاذ مصطفى الزرقاء . دمشق ١٣٨٠ هـ .

المراجع الأجنبية

- Code civile (Rome 1943).
Code civile Turc (1926).
Aubry et Rau. Cours de droit civil.
Bartlin. Etudes de droit international privé (1930-1935).
Bourdillon (James) Etude comparée de la forme du testament olographe français et du testament Anglais (1937).
Code civil français.
Précis de droit civil (1912).
G. Baudry-Lagantinerie.
Colin et Capitant. Droit civil français.
Josserand. La désalennisation du testament.
Henri et Jean Mazeaud. Leçons de droit civil. Paris 1950.
Planiol. Ripert et Boulanger. Traité de droit civil Paris 1948.
Bourbousson (E) du mariage; des régimes matrimoniaux et des successions dans les cinq parties du monde
L'Italie d. 400-405
La grande Bretagne p. 339-375
La Turquie p. 542-551

فهرس المهم المعلوم

الذين وردت ترجمتهم في هامش هذا الكتاب

الصفحة

١	-	ابو عبد الله بن ادريس الشافعي مؤسس المذهب	(٤٤)
٢	-	برهان الدين محمود بن احمد بن عبد العزيز صاحب فتاوى الذخيرة	(٨١)
٣	-	محمد بن وضاح الذي يأخذ عن طبقة احمد بن حنبل	(١٨٨)
٤	-	عبد الله بن عباس الفقيه الصحابي	(١٩٤)
٤	-	الكيا الهراسي من فقهاء الشافعية	(٢٠٨)
٦	-	طاووس بن كيسان	(٢١٤)
٧	-	عطاء بن ابي رباح	(٢٢٥)
٨	-	سعيد بن جبير	(٢٢٥)
٩	-	سعيد بن المسيب	(٢٢٥)
١٠	-	عبد الله بن عمر	(٢٢٧)
١١	-	محمود بن ليلى	(٢٢٩)
١٢	-	عبادة بن الصامت	(٢٣٠)
١٣	-	ابن قدامة واشهر مؤلفاته في المذهب الحنبلي	(٢٣٣)
١٤	-	ابن الهمام واشهر مؤلفاته في الفقه والاصول	(٢٣٢)
١٥	-	ابن حزم واهم مؤلفاته في الفقه والاصول	(٢٣٥)
١٦	-	نصر بن حجاج السامي	(٢٤٨)
١٧	-	كعب بن مالك	(٢٤٩)
١٨	-	مراة بن ربيعة العامري	(٢٤٩)
١٩	-	هلال بن امية الواقفي	(٢٤٩)

٢٠ -	آمنة بنت غفار زوجة عبد الله بن عمر	(٣٧٦)
٢١ -	أبو عبد الله بكر بن عبد الله المزني	(٤٩٣)
٢٢ -	ثابت بن قيس	(٤٩٤)
٢٣ -	جميلة بنت عبد الله بن أبي زوجة ثابت بن قيس	(٤٩٨)
٢٤ -	عمر بن الخطاب	(٦١٢)
٢٥ -	ميسون بنت بحدل الكلبيّة أم يزيد	(٦٣٠)
٢٦ -	أبْن القِيم الجوزية وأشهر مؤلفاته في الفقه الحديث	(٨٤٨)
٢٧ -	أبْن تَيْمِيَّة وأشهر مؤلفاته	(٨٥٦)

فهرس اهمم التعليقات

التي وردت في هامش هذا الكتاب

الصفحة

- ١ - لكل طائفة من اليهود اوضاع خاصة تختلف عن الأخرى (٢٧)
- ٢ - نشأة المذاهب المسيحية واهم مبادئها (٢٨)
- ٣ - استقلال الكنيسة الغربية الكاثوليكية عن السلطة الزمنية بعد انهيارالدولة الرومانية عام ٤٠٩ م (٣٤)
- ٤ - اسباب الطلاق في تركيا بحكم القاضي في المواد ١٣٠ - ١٣٥ (٥١)
- ٥ - الشروط في عقد الزواج في القانون الاندنومي لعدم التقيد بمذهب معين (٥٣)
- ٦ - ما جاء في قانون الاحوال الشخصية العراقي من مساواة الذكر والانثى في الميراث مما يعد خروجاً على القرآن الكريم واجماع المسلمين (٥٨)
- ٧ - تحريم الطلاق في تونس بارادة الرجل وجعل هذا الحق للقاضي بينما رئيس تلك الدولة الذي اصدر هذا القانون طلق زوجته بارادته المنفردة دون بيان اسباب ذلك (٥٩)
- ٨ - معنى الوجوب والاباحة والكراهة والتحريم والندب لدى الاصوليين والفقهاء (٧٧)
- ٩ - تعريف بمخطوط فتاوى الذخيرة في المكتبة الاحمدية بجلب (٨١)
- ١٠ - سند حديث ابغض الحلال الى الله الطلاق (٨٢)

- ١١ - ما قيل في بعض الأحاديث الضعيفة في موضوع الطلاق وتحقيق ذلك في حديث تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز منه عرش الرحمن (٨٢ - ٨٣)
- ١٢ - تخريج حديث ما احل الله شيئاً ابغض اليه من الطلاق (٨٤)
- ١٣ - حالات التعسف في استعمال الحق في القانون المدني (١٠٠)
- ١٤ - تعريف مرض الموت في القانون . (١٠٣)
- ١٥ - تعريف مرض الموت لدى جميع المذاهب (١٠٤ - ١٠٥)
- ١٦ - ميراث المريض مرض الموت (١٠٦)
- ١٧ - عدم التفرقة في القانون التونسي في التعويض الذي يدفعه طالب الطلاق للآخر سواء كان الزوج ام الزوجه (١٠٨)
- ١٨ - حكمة تشريع المتعة للمطلقات (١١٠)
- ١٩ - القول القديم للشافعية في المتعة (١١٢)
- ٢٠ - انواع المطلقات بالنسبة للمهر المفروض لهن (١١٣)
- ٢١ - وجوب اعلام النساء بان للمطلقات منهن المتعة (١١٤)
- ٢٢ - نقد الدكتور السباعي يجعل التعويض في الطلاق التعسفي لا يتجاوز نفقة سنة في القانون السوري . (١١٥)
- ٢٣ - عدم صحة الرجعة اذا طرأ اثناء العدة ما يفسخ النكاح (١١٨)
- ٢٤ - تعليل ابن رشد التفرقة بين الطلاق البائن وغيره (١١٩)
- ٢٥ - بطلان التحليل في الشريعة الاسلامية (١٤٠)
- ٢٦ - لفظ السني والمشروع مترادفات في اقوال الصحابة وقدماء المفسرين (١٤٣)
- ٢٧ - ما اشتملت عليه اية : الطلاق مرتان من احكام . (١٤٦)

- ٢٨ - معنى الطلاق السني ان السنة قد وردت بإباحتها لا بمعنى انه من
الافعال المسنونة التي يؤجر فاعلها (١٤٨)
- ٢٩ - طلاق السنة لذوات الاقراء (١٥٢)
- ٣٠ - تخريج حديث ابن عمر في الطلاق السني (١٥٤)
- ٣١ - تصحيح ما نقله ابن حجر في فتح الباري والشوكاني في نيل
الاوطار عن القرطبي (١٦٦)
- ٣٢ - تعريف النقيه لدى الجعفرية (١٨٤)
- ٣٣ - نقد الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة لمذهب النقيه (١٨٥)
- ٣٤ - توضيح ما نقله ابن القيم عن ابن مغيث المالكي (١٨٨)
- ٣٥ - صحة ما ذهب اليه فيما نقله ابن القيم عن ابن مغيث حيث
اطلعت على فيلم مصور لكتاب ابن مغيث في مكتبة
الاسكوريال (١٨٩)
- ٣٦ - عدم صحة ما ذهب اليه ابن تيميه في قوله ان الفقهاء لم يفرقوا
بين الطلاق المتكرر والطلاق المتعدد بلفظ واحد (١٧٩)
- ٣٧ - العبارة بالرواية لا بالفتوى (١٩٨)
- ٣٨ - خبر بريرة وزوجها مغيث (١٩٩)
- ٣٩ - مذهب ابن عباس ان بيع الامة طلاقها (١٩٩)
- ٤٠ - ابن الفحل واقوال الفقهاء فيه (١٩٩)
- ٤١ - تعريف بخطوط احكام القرآن للفقهاء الشافعي الكيا المراسي (٢٠٨)
- ٤٢ - تعريف بمسند الامام احمد (٢١٧)
- ٤٣ - تصحيح ما جاء في بعض كتب الفقه والحديث في حديث ركانه
(٢١٧) « فانما تلك واحدة »

- ٤٤- عدم صحة القدح بما يجرح رواية محمد بن اسحاق (٢١٩)
- ٤٥- سند حديث ركانة بطلاق زوجته البتة (٢١٩)
- ٤٦- تصحيح اسم سبيبة زوجة ركانة (٢١٩)
- ٤٧- حديث زوجة رفاعة القرظي في الطلاق البتة (٢٢٣)
- ٤٨- سند حديث ابن عمر في الطلاق الثلاث (٢٢٧)
- ٤٩- نفقة المعتدة في مختلف المذاهب (٢٣٢)
- ٥٠- تعريف الاجماع واقسامه وما ذهب اليه الشافعي (٢٣٢)
- ٥١- تعريف الحديث المرسل وشروط الشافعي لقبوله (٢٣٧)
- ٥٢- حديث فاطمة بنت قيس في الطلاق الثلاث (٢٣٨)
- ٥٣- تصحيح ماورد في زاد المعاد في حديث ثابت قيس (٢٣٩)
- ٥٤- على المفتي ان يراعي حال المستفتي فيفتيه حسب ما يراه ان كان الامر اجتهاديا وله اكثر من حل (٢٤٧)
- ٥٥- اجتهاد عمر في قسمة اراضي العراق (٢٤٨)
- ٥٦- حد شارب الخمر وتغيير عقوبته (٢٤٨)
- ٥٧- ما جاء في الموطأ من وجود خلاف بين الصحابة في الطلاق الثلاث (٢٥٢)
- ٥٨- اذا امر الامام بتخصيص العمل بقول من المسائل المجتهد فيها تعين ووجب بقوله (٢٥٣)
- ٥٩- النكاح المؤقت (٢٥٤)
- ٦٠- الاعمال التحضيرية لا تعتبر جزءاً من التشريع في القانون المدني (٢٦٤)
- ٦١- تعريف القياس (٢٦٤)
- ٦٢- تعريف الركن عند الاحناف وجمهور الفقهاء (٢٧١)
- ٦٣- توضيح ما ذهب اليه الحنفي من الحنابلة في لفظ الصريح

- (٢٧٥) من الطلاق وما نقله الاستاذ الحنيف والاستاذ الزفزاف
٦٤ - ملاحظة على ماذهب اليه الاستاذ الحنيف والاستاذ
(٢٧٩) الزفزاف في وقوع الطلاق بالكتابة لدى المالكية
٦٥ - ما نقله الاستاذ الحنيف والاستاذ الزفزاف عن الطلاق
بالكتابة لدى الزيدية وتوضيح ذلك (٢٨٨)
٦٦ - لم ينص القانون المدني على شكل معين للتعبير عن الارادة
(٢٨٨) الطرق التي تثبت بها الاحكام في الشريعة الاسلامية :
٦٧ - الاقتصار والانتقال والتبين والاستناد
(٢٩٠)
٦٨ - قابلية العقود للتعليق او عدمه في الفقه الاسلامي
(٢٩٣)
٦٩ - رد ابن حزم على من يقيس الطلاق في النفس على الكفر في النفس
(٣٠٥)
٧٠ - تخريج حديث ثلاث جدهن جد وهزلن جد
(٣١٢)
٧١ - حالات الهزل في التصرفات
(٣١٣)
٧٢ - ما يشترط في الاكراه لابطال التصرفات عند جمهور الفقهاء
(٣١٧)
٧٣ - تعليل ابن الهمام عدم وقوع طلاق السكران
(٣٢٢)
٧٤ - تصحيح ما نقله الدكتور يوسف موسى عن الطحاوي في
وقوع طلاق السكران (٣٢٧)
٧٥ - قصة ما عر حين اقر بالزنا واستفسار النبي عليه السلام
عن عقله وادراكه (٣٢٩)
٧٦ - تصرفات السكران في الفقه الاسلامي
(٣٢٩)
٧٧ - حكم سبق اللسان في الطلاق لدى المالكية
(٣٣٦)
٧٨ - ما أفهمه من حديث: انما الطلاق بيد من اخذ بالساق
(٣٤٠)
٧٩ - الفرق بين عوارض الاهلية وعيوب الرضا
(٣٤١)
٨٠ - الفرق بين المجنون والمعتوه
(٣٤١)

- ٨١ - تصرفات الصبي لدى الاحناف (٣٤٣)
- ٨٢ - ما يراه الدكتور مصطفى السباعي في اهلية الزواج وتحديد سن معين للزوجين في القانون السوري (٣٤٥)
- ٨٣ - تعريف السفيه كما جاء في مجلة الاحكام العدلية (٣٤٦)
- ٨٤ - طلاق الغضولي (٣٤٧)
- ٨٥ - تعليل الطلاق في العدة عند من يميز ذلك (٣٧٣)
- ٨٦ - تصحيح ماورد في امم آمنة بنت غفار زوجة عبدالله بن عمر (٣٧٦)
- ٨٧ - عدة المتوفي عنها زوجها (٣٧٧)
- ٨٨ - الخلاف عند الاحناف في طلاق الطهر والحیضة التي نليه وتحقيق ذلك (٣٧٩)
- ٨٩ - معنى الطلاق المسنون في عرف الفقهاء (٣٨١)
- ٩٠ - المصطلحات التي نجدھا في كتب الفقه من سنة ومندوب ومكروه وجدت بعد عصر النزول (٣٨١)
- ٩١ - معنى لفظ السنة وما يراد به ومتى استعمل هذا الاصطلاح (٣٨١)
- ٩٢ - هل هناك واسطة بين الطلاق السني والبدعي (٣٨٤)
- ٩٣ - تعليل عدم كراهية طلاق من لا يحضن من النساء (٣٨٧)
- ٩٤ - لا بدعة في الطلاق قبل الدخول (٣٨٧)
- ٩٥ - الرأي الذي استقر عليه الطومسي من الجعفرية في طلاق الغائب في مؤلفاته الاخيرة (٣٩١)
- ٩٦ - سند حديث : الطلاق ثلاثاً في غير عدة ان كانت على طهر فواحدة (٤٩٢)

- ٩٧ - هل الامر للوجوب ام للندب (٣٩٣)
- ٩٨ - اذا اجبر القاضي من طلق زوجته بالحيض عرجعتها فلا يجوز له ان يطلقها قبل ان يجامعها وان تكون في طهر (٤٠٦)
- ٩٩ - الامر بالامر بالشيء هل يعد امرآ به (٤١١)
- ١٠٠ - سند حديث ابن عمر : وحسبت لها التطليقة التي طلقتها (٤٢١)
- ١٠١ - اذا صح الاسناد الى ابن عباس فتفسيره اصح التفسير (٤٣٥)
- ١٠٢ - سند حديث ابن عمر في طلاق الحيض بقوله: لا يعتد بذلك (٤٤٧)
- ١٠٣ - ليس كل طلاق نعمة فقد يكون الطلاق نعمة كالنسكاح بل قد يكون من اكبر النعم كما لو تنافرت طباع الزوجين مثلا . تعليق لابن القيم (٤٥٠)
- ١٠٤ - الرد على من قاس الطلاق في الحيض على الطهر وسائر التصرفات المحرمة والتي تنتج آثارها (٤٥١)
- ١٠٥ - ما يراه الصنعاني في تفسير معنى المراجعة (٤٥٢)
- ١٠٦ - حديث بريدة حينما اختارت نفسها من زوجها مغيب (٤٥٧)
- ١٠٧ - الاشهاد على الرجعة واجب عند الشافعي في مذهبه القديم (٧٧١)
- ١٠٨ - ما نلاحظه على تعريف الخلع في مختصر خليل والدردير (٤٨٩)
- ١٠٩ - التنبيه الى ما ذهب اليه الاستاذ الشيخ علي الحقيف ان المزني الذي قال بفسخ الخلع هو المزني تلميذ الشافعي والصحيح ان المزني الذي قال بذلك هو من التابعين (٥٩٣)
- ١١٠ - متى يكون النسخ في الشريعة الاسلامية (٤٩٣)

- ١١١ - ما ذكره القاسمي في تفسير قوله تعالى : وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته : فيه زجر لهما عن المفارقة رغماً لصاحبه (٤٩٢)
- ١١٢ - تصحيح ما جاء في اسم جميلة بنت عبد الله بن أبي زوجة ثابت قيس (٤٩٨)
- ١١٣ - الايجاب والقبول في العقود وهل تنعقد بالمعاطاة (٥٠٥)
- ١١٤ - تحريم انعقاد النكاح بالتعاطي (٥٠٥)
- ١١٥ - هل يجوز في الخلع المعلق قبول الزوجة قبل تحقق الشرط (٥١١)
- ١١٦ - خيار الشرط شرع لحماية المتعاقد حيث لم تتأكد رغبته (٥١٢)
- ١١٧ - لا يصح خيار الشرط في الخلع عند أبي يوسف ومحمد من الاحناف (٥١٢)
- ١١٨ - الخلع بدون عوض طلاق رجعي عند المالكية خلافاً لما ذهب اليه الشيخ علي الحقيف والشيخ محمد زفزاف (٥١٥)
- ١١٩ - نقد عدم اعتبار الموافقة الضمنية لدى الشافعية في العقود (٥١٩)
- ١٢٠ - تعليل وجوب اتباع صيغة الخلع بلفظ الطلاق عند الجعفرية (٥٣٠)
- ١٢١ - الفرق بين الخلع والفداء والفدية والصلح والمباراة عند الاباضية (٥٤٠)
- ١٢٢ - شروط الزوج الخالع عند الجعفرية (٥٤٤)
- ١٢٣ - طلاق ولي الصغير عند المالكية (٥٤٤)
- ١٢٤ - عدم صحة طلاق الولي عند الاحناف (٥٤٥)
- ١٢٥ - مخالعه ولي الطفل نيابة عنه عند الجعفرية (٥٤٦)
- ١٢٦ - رأي زفر في الخلع في مرض الموت (٥٥٢)
- ١٢٧ - سن الرشد في قانون الولاية على المال المصري (٥٦٠)
- ١٢٨ - فاقد التمييز في القانون المدني (٥٦٠)
- ١٢٩ - تعريف السفه (٥٦٠)

- ١٣٠ - فتوى في مخالعة الاب نيابة عن ابنه في المذهب الحنفي (٥٦١)
- ١٣١ - مايراه ابن تيمية في الخلع اثناء الحيض (٥٦٦)
- ١٣٢ - مافسر به الطبري قوله تعالى : فان خفتم شقاق بينهما (٥٧٢)
- ١٣٣ - الفرق بين الخلع والمباراة من حيث كراهية الزوجة عند الجنون (٥٧٤)
- ١٣٤ - يجوز عضل الزوج زوجته في حال الزنا فقط عند الجعفرية لتفتدي نفسها (٥٧٦)
- ١٣٥ - متى يكون الخلع رجعيًا ومتى يكون بائنًا (٥٧٦)
- ١٣٦ - المال في الاصطلاح الفقهي كل ما يمكن غلكه وادخاره لوقت الحاجة (٥٨٥)
- ١٣٧ - فتوى في امرأة أبرأت زوجها وتحملت نفقة اولادها نظير طلاقها (٥٨٥)
- ١٣٨ - مراسيل سعيد بن المسيب لما حكم الوصل لأنه من كبار التابعين (٥٩٦)
- ١٣٩ - لو قضى يكون الخلع فسخًا أحد القضاة الذين يجيزون ذلك صح عند الاحناف واعتبر فسخًا لانه مما يسوغ الاجتهاد فيه حيث لم يخالف نصًا صريحًا . (٥٩٦)
- ١٤٠ - تأويل ابن القيم ماروى عن ابراهيم النخعي ان الخلع طلاق بائن (٥٩٧)
- ١٤١ - الرجعة تصح بملامسة الزوجة لزوجها عند ابي يوسف ومحمد من الحنفية (٦٠٦)
- ١٤٢ - ما نقله ابن تيمية عن الشافعي في ان الخلع طلاق ام فسخ (٦١٦)
- ١٤٣ - الخلاف حول اسقاط الحقوق الزوجية في الخلع وما ذهب اليه ابو حنيفة . (٦٢٠)
- ١٤٤ - استشهاد بقصة ذي الرقعتين على ان اوامر ولي الامر لم تكن ملزمة فيما للمرء فيه اختيار . (٦٢٩)
- ١٤٥ - التفريق بالاتفاق بين الزوجين في القانون البواري واليوغسلافي والبولندي (٦٤٨)

- ١٤٦ - الخلاف عند الزيدية حول فسخ الزواج بالعنة او عدم جواز ذلك (٦٦٢)
- ١٤٧ - تعليل الاحناف عدم اعطاء حق التفريق للزوج بالعيوب والامراض (٦٦٣)
- ١٤٨ - توضيح ما يراد بالعيوب المشتركة لدى المالكية قبل العقد وبعده (٦٩٠)
- ١٤٩ - تحرير عبارة الدردير من المالكية في اعطاء حق الخيار في طلب التفريق للمريض أو السليم . (٦٩٢)
- ١٥٠ - فتوى ان الفرقة بالعيوب في الجب والعنه طلاق بائن لدى الاحناف (٧٠٠)
- ١٥١ - ماجاء في الانصاف عن ابن تيمية ان جميع الفسوخ لا تحتاج الى حاكم (٧٠١)
- ١٥٢ - ما نقله صاحب الروض النضير ان الفرقة بالعيوب فسخ هو مذهب العترة جميعاً (٧٠٢)
- ١٥٣ - تعريف الجنون واقسامه في الفقه والقانون (٧٣٢)
- ١٥٤ - وجود اي مرض تناسلي في احد الزوجين يبطل عقد الزواج في قانون الولايات المتحدة الامريكية (٧٤٦)
- ١٥٥ - ضرب الزوجة منوط بالمصلحة فاذا علم الزوج ان لافائدة فلا يجوز الضرب (٧٥٩)
- ١٥٦ - مانص عليه قانون العقوبات في المواد ٥٤٠/٥٤١ في عقوبة من اقدم على ضرب شخص او ايذائه (٧٥٩)
- ١٥٧ - شروط الحكمين في المذهب الحنبلي (٧٦٤)
- ١٥٨ - شروط الحكمين في المذهب الشافعي (٧٦٤)
- ١٥٩ - شروط الحكمين في المذهب الجعفري (٧٦٤)

- ١٦٠ - مدى حرية الزوجين في الاشتراط في عقد الزواج وماذا
يتروك على الاخلال بالشرط في مختلف المذاهب الفقهية
وذكر اهم هذه المباديء التي سار عليها الفقهاء (٨١٠)
- ١٦١ - تقدير نفقة الزوجة في المذاهب الاسلامية (٨٣٨)
- ١٦٢ - اذا اتهمت الزوجة زوجها بالزنا فان اثبتت ذلك حد الزوج
حد الزنا ، وان عجزت فلا لعان بينهما لان اللعان خاص
بإتهام الزوج زوجته (٨٧٩)
- ١٦٣ - لماذا خصت المرأة بلفظ الغضب في اللعان (٨٨٦)
- ١٦٤ - تعريف كتب ظاهر الرواية والنوادر في الفقه الحنفي (٨٨٦)
- ١٦٥ - تصحيح ما نقله اكثر الكتب على ان مذهب الامام احمد
هو كمنهـب الاحناف في ان الفرقة بين الزوجين لا تقع
بمجرد اللعان بل لا بد من تفريق الحاكم الصحيح بعد
التحقيق ان مذهب احمد كمنهـب الشافعي ان الفرقة تقع
بمجرد اللعان (٩٠٢)
- ١٦٦ - حد القذف بالزنا في القرآن الكريم (٩٠٥)
- ١٦٧ - نفي الولد واحكامه في الفقه الاسلامي (٩١٤)
- ١٦٨ - لا يقتصر طلب الطلاق لدى اليهود على الزنا بل اذا ساء
سلوك الزوجة ايضاً فللزواج ان يطلق زوجته (٩١٩)
- ١٦٩ - تعريف كأس الباهة لدى المسيحية (٩٢٤)
- ١٧٠ - حكم زواج الزاني بالزانية لدى الكاثوليك (٩٢٥)
- ١٧١ - التفريق للزنا في قوانين سويسرا وبلغوسلافيا وبلجيكا وتركيا (٩٣٩)
- ١٧٢ - كان الظهار من انواع الطلاق في الجاهلية (٩٤٤)
- ١٧٣ - سبب نزول آية الظهار (٩٤٦)

- ١٧٤ - حجة الظهار وما يشترط في المظاهر (٩٤٨)
- ١٧٥ - ظهار الزوجة لدى الاباضية (٩٥٠)
- ١٧٦ - لا يصح مظاهرة المطلقة رجعيّاً لدى الزيدية (٩٥١)
- ١٧٧ - لاظهار لدى الظاهرية إلا بتكرار لفظ الظهار (٩٥٢)
- ١٧٨ - مايجرمه الظهار في مختلف المآهب (٩٥٤)
- ١٧٩ - تعدد الظهار هل يوجب تعدد الكفارات (٩٥٩)
- ١٨٠ - ماروي عن عمر بن الخطاب عن منع الرجال الغياب عن نسائهم اكثر من اربعة اشهر (٩٧٤)
- ١٨١ - تغيير الدين الطاريء بعد الزواج يختلف حكمه عن اختلافها قبل الزواج اذ قبل الزواج ثم التعاقد على ان الزوجة كتابيه والزوج مسلم اما بعد العقد فان تغيير دين الزوجة من مسلمة الى كتابية يعتبر ردة (٩٨٢)
- ١٨٢ - فتوى في وقوع الفرقة بنفس الردة في المذهب الحنفي (٩٨٦)
- ١٨٣ - الاسباب التي تمنع الزواج وتبطله لدى الاقباط الارثوذكس (٩٣٣)
- ١٨٤ - تعليق الدكتور شفيق شحاته على ما جاء في المجموع الصفوي في اسباب الطلاق لدى الاقباط الارثوذكس (٩٣٣)
- ١٨٥ - تقسيم اسباب اسباب الزنا لدى الفقهاء في فرنسا الى اسباب الزامية واسباب اختيارية (٩٣٤)
- ١٨٦ - تصحيح ماذهب اليه بعض الكتاب ان زواج المسلم بغير المسلمة لا يجوز والصحيح انه جائز (٩٩٤)
- ١٨٧ - ترك الذميين وما يدينون حفظاً لحربة الاديان (٩٩٦)

فهرس أهم المبادئ الفضايلة

التي وردت في هذا الكتاب حسب الشريعة الاسلامية

الصفحة

- ١ - تعهد الزوج بتعويض زوجته اذا طلقها لا يخالف النظام العام .
محكمة النقض المصرية (٩٦)
- ٢ - اساءة استعمال الحق في الطلاق يوجب التعويض .
محكمة استئناف القاهرة (٩٩)
- ٣ - يشترط لاعتبار الطلاق تمسفاً ان يقع بلا سبب .
محكمة النقض السورية (١٠١)
- ٤ - يشترط لاعتبار الطلاق تمسفاً ان يكون بلا سبب معقول
وان يصيب الزوجة فقر وفاقة . محكمة النقض السورية (١٠١)
- ٥ - شرط التعويض في الطلاق وقوع المصلحة في العوز والفاقة
وهذا لا يكون الا بعد المينونة . محكمة النقض السورية (١٠١)
- ٦ - على الزوج المطلق اثبات عدم التعسف وبيان سبب الطلاق .
محكمة النقض السورية (١٠٢)
- ٧ - ان وجود مؤجل للمهر ولو كثر لا يمنع من الادعاء بتعويض
الطلاق التعسفي . محكمة النقض السورية (١٠٢)
- ٨ - زواج المطلقة لا يمنعها من استحقاق التعويض .
محكمة النقض السورية (١٠٢)
- ٩ - لا تعسف ان كان سبب الطلاق مشروعاً . محكمة النقض السورية (١٠٢)
- ١٠ - اذا طلق المريض مرض الموت في مرضه فزوجته توته اذا
كان فاراً مادامت في العدة . محكمة النقض السورية (١٠٦)

- ١١ - يعامل المريض مرض الموت بنقيض قصده فتورث منه امرأته
إذا لم ترض بذلك . محكمة استئناف المنصورة (١٠٧)
- ١٢ - إذا قتل المرتد على رده فزوجته ترثه في العدة .
محكمة مصر الابتدائية الشرعية (١٠٧)
- ١٣ - ان تعويض الطلاق التعسفي يجب الايزيد على نفقة سنة
محكمة النقض السورية (١١٥)
- ١٤ - الرجعة تم بدون اشهاد محكمة انيوب الشرعية بصر (١٣٢)
- ١٥ - الطلاق المتكرر يعتبر طلاقاً واحداً . محكمة المنيا في مصر (٢٦١)
- ١٦ - الطلاق المتكرر في مجلس واحد لا يقع الا طلاق واحدة .
محكمة النقض السورية (٢٦٢)
- ١٧ - ان التفويض اذا كان حين عقد الزواج بصيغة مطلقة فلا
يتقيد بالمجلس وللزوجة ان تطلق نفسها متى شئت .
محكمة طنطا الشرعية (٣٥٢)

الجزء الثاني

- ١٨ - تجوز الخالعة على ارضاع الطفل . محكمة الجلمية الشرقية في مصر (٥٨٥)
- ١٩ - اذا اختلعت المرأة من زوجها على ان تترك ولدها عند
الزوج فالخلع جائز والشرط باطل . محكمة القاهرة الابتدائية (٥٨٦)
- ٢٠ - اذا ادعى الزوج البراءة ولم يثبتها يعتبر الطلاق بائناً .
محكمة ابو قرة اص الشرعية بصر (٥٩٤)
- ٢١ - وعكس الحكم السابق : ادعاء الزوج الطلاق مقابل البراءة
مع عدم ثبوتها يجعله رجعيّاً . محكمة الغش الشرعية بصر (٥٩٤)
- ٢٢ - عدم حصر العيوب التي تجيز طلب التفريق . العبرة بالخبرة
الاطباء . محكمة بور سعيد الشرعية (٧١٣)

- ٢٣ - اذا قرر الطب ان علاج المريض يطول ولو كان من المحتمل شفاؤه فللقاضي التفريق اذا طلبت الزوجة ذلك .
محكمة القاهرة الابتدائية (٧١٣)
- ٢٤ - اذا علمت الزوجة بجنون زوجها فيسقط حق خيارها (نقدنا لهذا الحكم) محكمة طلائع الشرعية (٧١٣)
- ٢٥ - وعكس ذلك : ان سكوت الزوجة عن مرض زوجها املاً بشفاؤه لا يعتبر تنازلاً عن حقها . محكمة الاسكندرية (٧١٤)
- ٢٦ - اذا سرى المرض الى الزوج الآخر كان سبباً موجباً للتفريق بينهما . محكمة شبين الكوم (٧١٤)
- ٢٧ - حكم العيب بسبب العنة يخضع لمذهب ابي حنيفة (نقد لهذا الحكم) محكمة الاقصر (٧١٥)
- ٢٨ - الانصال الجنسي مرة واحدة يسقط حق طلب التفريق (رأينا في هذا الحكم) محكمة الاسكندرية (٧١٥)
- ٢٩ - من الضرر الذي يميز للزوجة طلب التفريق تعاطي الزوج المسكرات والمخدرات . محكمة كرموز الشرعية (٧٩٣)
- ٣٠ - هجر الزوج فراش زوجته من الاضرار الموجبة للتطليق . محكمة جرجا الشرعية بمصر (٧٩٤)
- ٣١ - اذا افترق الزوجان سنة فأكثر كان سبباً موجباً للتفريق . محكمة المنيا الكلي بمصر (٧٩٤)
- ٣٢ - غياب الزوج عن زوجته سنة فأكثر يجيز لها طلب التفريق . محكمة الدر الشرعية بمصر (٧٩٤)
- ٣٣ - يشترط لطلب التفريق استمرار الضرر . محكمة الازبكية بمصر (٧٩٤)
- ٣٤ - يحكم القاضي بموجب قرار الحكيمين . محكمة مصر الابتدائية (٧٩٥)

- ٣٥ - يتوجب على الحكّمين عند تعذر استمرار الحياة الزوجية
ايقاع التفريق بين الزوجين . محكمة النقض السورية (٧٩٥)
- ٣٦ - كون الحكّمين من الاهل من النظام العام ، ولا يصار الى
تعيين الأبعاد إلا عند التعذر . محكمة النقض السورية (٧٩٥)
- ٣٧ - اذا غاب الزوج سنة فأكثر بدون عذر مقبول فللزوجة
حق طلب التفريق . محكمة القاهرة الابتدائية (٨٠٩)
- ٣٨ - لا بد من الاعذار قبل التطليق للغياب محكمة ادفو
الشرعية بمصر (٨٠٩)
- ٣٩ - لا تفريق للسجن اذا كانت مدة السجن اقل من ثلاث سنوات .
محكمة السيدة الشرعية (٨٠٩)
- ٤٠ - ان نفقة الزوجة على زوجها ولو كانت غنية . محكمة
النقض السورية (٨٦٧)
- ٤١ - ان رد الدعوى للاعسار لا يمنع تجديدها . محكمة النقض السورية (٨٦٧)
- ٤٢ - النفقة التي تطالب بها الزوجة في التفريق هي نفقة المهرين
لا المهرين . محكمة ديروط الشرعية بمصر (٧٦٧)
- ٤٣ - لا تطلق الزوجة للاعسار اذا كان لها كفيل بالنفقة وموسر
وله مال ظاهر . محكمة سنورس الشرعية (٧٦٧)
- ٤٤ - اذا تعذر الاعذار الى المدعى عليه بالانفاق حكم القاضي
بالتفريق بدون اعذار . محكمة الفيوم بمصر (٨٦٨)
- ٤٥ - لا تسمع من الزوج دعوى مراجعة مطلقة للاعسار مادامت
حالته لم تتغير الى اليسار (ملاحظتنا حول هذا الحكم) (٨٦٨)
- ٤٦ - لا تقع الرجعة من طلاق الاعسار الا اذا ايسر الزوج واستعد
للانفاق . محكمة شبين الكوم (٦٦٨)
- ٤٧ - القاضي هو يقدر كفاية اليسار والاستعداد للنفقة من الاعسار .

- محكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية (٨٦٨)
- ٤٨ - الرجعة مع الاصرار على عدم الاتفاق رجعة باطلة .
- محكمة هيا الشرعية بصر (٨٦٩)
- ٤٩ - الرجعة بشرط الاستعداد للاتفاق واليسار صحيحة اذا حصلت
- الرجعة في العدة . محكمة طنطا الشرعية (٨٦٩)
- ٥٠ - تغيير الدين طلاق وليس بفسخ ادى الاحناف . محكمة المنيا بصر (١٠٠٠)
- ٥١ - لاتقع الفرقة بتغيير الدين بنفس الاسلام
- محكمة القاهرة الابتدائية (١٠٠٠)
- ٥٢ - اذا اسلم الزوج والزوجة كناية فلا فرة
- محكمة القاهرة الابتدائية (١٠٠٠)
- ٥٣ - اذا كان الزوج غائباً عن اسلام زوجته يفرق بينهما بدون
- عرض الاسلام لدى الاحناف . محكمة البان الشرعية (١٠٠١)
- ٥٤ - اذا ابى الزوج الاسلام فرق بينهما .
- محكمة القاهرة الابتدائية (١٠٠١)
- ٥٥ - لا يجوز البحث عن الباعث على اعتناق الدين الجديد .
- محكمة القاهرة الابتدائية (١٠٠٦)
- ٥٦ - الاعتقاد مسألة نفسية مجتة فحق غير الانسان دينه فلا يخضع
- إلا لأحكامه . محكمة الاسكندرية الابتدائية (١٠٠٦)
- ٥٧ - المرتدة لادين لها وعقد زواجها باطل
- محكمة استئناف المنصورة (١٠٠٩)
- ٥٨ - المرتد لا يرث غيره اطلاقاً . محكمة القاهرة الابتدائية (١٠٠٩)
- ٥٩ - كل تصرفات المرتد من زواج وطلاق باطل
- محكمة الاسكندرية الابتدائية (١٠٠٩)
- ٦٠ - ان زواج المرتد باطل شرعاً محكمة القاهرة الابتدائية (١٠١٠)
- ٦١ - ان زواج المرتد باطل محكمة طنطا الشرعية (١٠١٠)

فهرس أهم المبادئ القضائية والمالية

التي وردت في هذا الكتاب للشرائع اليهودية والمسيحية والقوانين الأجنبية

الصفحة

- ١ - لا يصح الطلاق في اليهودية إلا أمام السلطة الشرعية .
محكمة القاهرة الابتدائية (٢٧)
- ٢ - لا يجوز الطلاق لدى طائفة الفرائين بإرادة الرجل المنفردة .
محكمة الاستئناف في القاهرة (٢٧)
- ٣ - اذ اتبين للحاكم استحالة الحياة الزوجية فيجب التفريق عند اليهود . حاخامات الاسكندرية
- ٤ - اتفاق الزوجين سبب مبرر للطلاق عند اليهود . حاخامات الاسكندرية .
- ٥ - الاعتداد بالعم كميّز للتطليق لدى الاقباط الارثوذكس .
محكمة الزقازيق (٧٣٧)
- ٦ - تقرير اطباء ان عدم احتمال حمل الزوجة سبب يميّز التفريق لدى الاقباط الارثوذكس . حكم مجلس ملي فرعي دمنهور (٧٢٧)
- ٧ - عدم الاعتداد بالعم سبب للتفريق لدى الارثوذكس . محكمة استئناف القاهرة (٧٣٧)
- ٨ - ليس في شريعة الاقباط ما يميّز التفريق للعم . محكمة القاهرة الابتدائية (٧٣٨)
- ٩ - التطليق للمرض خشية العدوى لدى الاقباط الارثوذكس .
محكمة القاهرة الابتدائية (٧٣٨)

- ١٠ - حق طلب التفريق للسليم دون المريض لدى الارثوذكس .
مجلس ملي فرعي الاسكندرية (٧٣٨)
- ١١ - التطبيق للجنون لدى الارثوذكس ينبغي مضي خمس سنوات
على المرض . محكمة دمنهور الابتدائية (٧٣٨)
- ١٢ - اذا اثبت التقرير الطبي ان الزوج مصاب بعنة نفسية جاز التفريق
لدى الارثوذكس . محكمة الاسكندرية الابتدائية (٧٣٩)
- ١٣ - حصر الامراض المسوغة للتفريق والرجوع الى قانون ١٩٣٨
لدى الارثوذكس (نقدنا لهذا الحكم) . محكمة استئناف القاهرة (٧٣٩)
- ١٤ - الامراض التي تجيز التفريق جاءت على سبيل الحصر لدى الاقباط
الارثوذكس . استئناف القاهرة (٧٣٩)
- ١٥ - لا تفريق بسبب الضرب لدى اليهود الا اذا اعتاد الزوج ذلك .
استئناف القاهرة (٨١٤)
- ١٦ - التفريق للغياب لدى اليهود يجب ان يكون لغير عذر مقبول .
استئناف القاهرة (٨١٥)
- ١٧ - استحكام النفور بين الزوجين سبب يبيح الطلاق لدى الاقباط
الارثوذكس استئناف القاهرة (٨١٨)
- ١٨ - يجب البحث عن المتسبب بالضرر اذ لا يجوز لغير المتضرر حق
طلب التفريق لدى الاقباط الارثوذكس . استئناف القاهرة (٨١٩)
- ١٩ - التفريق للاساءة لدى الاقباط الارثوذكس . استئناف الاسكندرية (٨١٩)
- ٢٠ - اذا تعذر عودة الحياة الزوجية جاز للقاضي التفريق لدى الاقباط
الارثوذكس . محكمة بنها الابتدائية (٨٢٠)
- ٢١ - اذا وصل الخلاف بين الزوجين الى اتهام احدهما بوجود علاقة
بينه وبين اجنبي جاز التفريق لدى الاقباط الارثوذكس

(٨٢٠)

استئناف الاسكندرية

- ٢٢ - استمرار تبادل الاتهامات بين الزوجين سبب يبور التفريق لدى
الاقباط الارثوذكس . مجلس ملي فرعي الاسكندرية (٨٢٠)
- ٢٣ - اتهام الزوج لزوجها بجرمة خلقية سبب مهور للتفريق لدى
الاقباط الارثوذكس . محكمة القاهرة الابتدائية (٨٢٠)
- ٢٤ - اذا هجر الزوج زوجته خمس سنوات جاز لزوجته طلب التفريق
لدى الاقباط الارثوذكس . استئناف الاسكندرية (٨٢١)
- ٢٥ - يجب ان يكون مصدر الهجر المدعى عليه لطلب التفريق لدى
الاقباط الارثوذكس . محكمة القاهرة الابتدائية (٨٢١)
- ٢٦ - يجوز التفريق لدى الارمن الارثوذكس في حال وجود تنافر بين
الزوجين يجعل الحياة المشتركة مستحيلة . استئناف القاهرة (٨٢١)
- ٢٧ - الاعتداء الذي يصل الى محاولة القتل سبب مهور للطلاق لدى
الاقباط الارثوذكس محكمة المنيا الابتدائية (٨٢٢)
- ٢٨ - يجوز التطلق للغيبة لدى الارثوذكس مجلس ملي فرعي
دمهور (٨٢٢)
- ٢٩ - يشترط في التفريق للسجن لدى الاقباط الارثوذكس ان تكون
مدة العقوبة سبع سنوات . محكمة استئناف القاهرة (٨٢٢)
- ٣٠ - ان حكم الادانة في جنحة لا يجوز ان يعتبر اهانة جسيمة يجيز
طلب التفريق في القانون الفرنسي الا اذا كانت بسبب حادث
يخل بشرف الزوج مباشرة . محكمة تولوز (٨٢٥)
- ٣١ - ان مجرد الاهانة مرة واحدة ولو كانت غير علنية يكفي لان
يكون سبباً للطلاق بسبب ان تكون الاهانة جسيمة في القانون
الفرنسي . حكم دائرة الالتماسات الفرنسية (٨٢٧)

- ٣٢ - المقصود بأعمال العنف التي تبرر دعوى الطلاق في القانون الفرنسي هي تلك الاعتداءات الصادرة من زوج على حياة زوجة الآخر التي تعرض حياته للخطر . محكمة مونيبيليه بفرانسا (٨٢٧)
- ٣٣ - امتناع الزوج عن مباشرة زوجته عدة شهور يعتبر اهانة جسيمة في حقها يجيز لها طلب التفريق في القانون الفرنسي حكم دائرة الالتماسات الفرنسية (٨٢٨)
- ٣٤ - ان هجر الزوج مسكن الزوجية يمكن ان يعتبر اهانة جسيمة في القانون الفرنسي . حكم محكمة ديجون في فرانسا (٨٢٨)
- ٣٥ - شعور الكراهية وعدم الثقة التي يواجهها الزوج زوجته يمكن ان تعتبر في حق الزوجة اهانة جسيمة تجيز لها طلب التفريق في القانون الفرنسي . حكم دائرة الالتماسات (٨٢٨)
- ٣٦ - الاعتداء بالضرب والاذى ومنع الزوجة من الخروج يعتبر خطأ يجيز للزوجة طلب التفريق في القانون اليوناني . محكمة الاسكندرية (٨٣١)
- ٣٧ - سوء سلوك الزوجة يجيز للزوج ان يطلب الطلاق بسببه لدى اليهود . حاخاخانة الاسكندرية (٩١٩)
- ٣٨ - التفريق للزنا في المسيحية يشمل الزنا حقيقة والزنا الحكمي وهو الطريق المؤدي الى الزنا . محكمة القاهرة الابتدائية (٩٣٠)
- ٣٩ - لا طلاق لال للزنا حقيقة . محكمة استئناف الاسكندرية (٩٣١)
- ٤٠ - سوء المعاشرة واستحكام الخلاف سبب يبرر طلب الطلاق . محكمة استئناف الاسكندرية (٩٣١)
- ٤١ - اذا اساء احد الزوجين معاشرة الآخر واخل بواجباته كان سبباً مبرراً لطلب الطلاق محكمة الاستئناف في القاهرة (٩٣١)

فهرس مواضيع الكتاب

تقديم الدكتور مصطفى السباعي (٧)

مقدمة المؤلف : موضوع البحث . أهميته . الغرض منه . منهج البحث (١١)

مربى

- ١ - الطلاق من الناحية التأويحية : أ - الطلاق لدى اليونان (١٩) ب - الطلاق لدى الرومان ح - الطلاق في اليهودية والمسيحية (٢٣) هل يجوز الطلاق بارادة الرجل المنفردة لدى اليهود ؟ .. رأي الاستاذ تادرس ميخائيل والدكتور اهاب اسماعيل . رأينا فيما ذهب اليه وتصحيح بعض ما جاء في مؤلفاتهما (٢٤) الطلاق في المسيحية (٢٨) . المذاهب المسيحية ونظرتها الى الطلاق المذهب الاول : الكاثوليك وتحريم الطلاق (٢٩) أدلة هذا المذهب : ١ - ما جاء في بعض الاناجيل ٢ - الزواج مر مقدس ٣ - الاستناد الى القانون الطبيعي (٣١) المذهب الثاني : البروتستانت وإباحة الطلاق لسبيين : ١ - التطلق الزنا ٢ - التطلق لتغير الدين (٣٢) المذهب الثالث : الارثوذكس وأسباب التطلق (٣٤) من اين استمد التشريع القبطي الارثوذكسي اسباب التطلق ؟ .. (٣٥) مدى تأثير الشريعة الاسلامية بالتشريع القبطي الارثوذكسي (٣٦) ما نراه في هذا الموضوع : الشريعة الاسلامية من المصادر الرئيسية لقوانين الطلاق لدى الارثوذكس (٣٧) ح - الطلاق عند العرب قبل الاسلام : تناقض النقول حول عدد الطلاقات التي كانت

ملكها الرجل وهل هي مقيدة ام لا (٤٣) طلاق المرأة زوجها في الجاهلية
لدى بعض القبائل (٤٤)

٢ - الطلاق في بعض القوانين الحديثة : أ - الطلاق في القوانين الاجنبية :
تطور التشريع الفرنسي في الطلاق (٤٥) القانون الانكليزي . القانون
اليوناني (٤٧) القانون الالماني (٤٨) القانون السوفييتي (٤٩) القانون
الاطالي (٥٠) . ب - الطلاق في القوانين العربية (٥١) سوريا (٥٥)
العراق (٥٧) تونس (٥٨) المغرب العربي (٦٠) .

الباب الاول : مشروعية الطلاق وأنواعه (٦٣)

الفصل الاول - مشروعية الطلاق

المبحث الاول : الطلاق والفرق بينه وبين الفسخ (٦٥)
تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً . التعريف الذي نضعه للطلاق (٦٦)
أهم الفروق بين الفسخ والطلاق . ضابط ما يعتبر طلاقاً وما يعتبر فسخاً (٦٧)
المبحث الثاني : الاصل في مشروعية الطلاق وحكمة تشريعه (٧٢)

الفصل الثاني - هل الاصل في الطلاق الحظر أم الاباحة

المبحث الاول : ما يعتري الطلاق من احكام (٧٦)
من قال ان الاصل في الطلاق الاباحة (٧٩) أدلة من قال بذلك (٨٠)
ما نراه في هذا الموضوع : ١ - معنى حديث ابغض الحلال الى الله
الطلاق (٨٣) ٢ - تحقيق ما جاء في فتح القدير والبحر الرائق وحاشية
ابن عابدين في هذا الموضوع (٨٦) ٣ - الرد على من قال ان الاصل في
الطلاق الاباحة (٨٨) ٤ - ما نرجحه من هذه الآراء : ان الاصل في
الطلاق الحظر (٩٠) .

المبحث الثاني : تقييد حق الطلاق في الفقه والقضاء والقانون (٩٢)
الاتجاه الاول : من قال بالاباحة (٩٣) الاتجاه الثاني : من قال بالحظر

الديباني : ما يراه الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ورأينا فيما ذهب إليه . الانجاء الثالث : حق الطلاق يخضع لإشراف القضاء من حيث التعويض (٩٧) التعويض حين التعسف في الطلاق : مشروع عام ١٩١٦ في مصر ومحاولته تقييد حق الطلاق (٩٧) الطلاق في تونس لا يقع إلا لدى المحكمة (٩٨) الطلاق بيد الرجل والمرأة اذا تضررت ان تطلب التعويض ، رأي الأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور (٩٩) . ما ذهب إليه القانون السوري في التعسف في الطلاق (١٠٠) ما يشترط في الطلاق حتى يعتبر تعسفاً (١٠١) ما ذهبت إليه محكمة النقض السورية (١٠٢) .

المبحث الثالث : من صور التعسف في الطلاق

١ - طلاق المريض مرض الموت . ما جاء في القانون السوري (١٠٣) حكم طلاق المريض مرض الموت (١٠٤) ما ذهب إليه القضاء السوري في طلاق المريض مرض الموت (١٠٦) ٢ - طلاق المرتد (١٠٧) ٣ - ما نراه في هذا الموضوع : لم يعد الخطر الديباني كافياً في الطلاق لدى نفوس بعدت عن دينها فلا بد من تدخل القضاء (١٠٨) اذا اساء الزوج استعمال حقه في الطلاق فالقاضي يلزمه بالتعويض . ان الفقهاء حين اجمعوا على اعطاء حق الطلاق للرجل دون رقيب فانما قرروا ذلك لمن يستخدم هذا الحق في محله (١١٠) ٤ - المتعة وأقوال الفقهاء فيها (١١١) رأي الظاهرية والشافعية (١١١) مذهب الاحناف (١١٢) مذهب المالكية (١١٣) الحنابلة (١١٤) الجعفرية (١١٥) . ما ذهب إليه القانون السوري . ما نراه في تحديد التعويض بنفقة سنة (١١٥) .

الفصل الثالث - انواع الطلاق

المبحث الأول : الطلاق الرجعي واحكام الرجعة .
الطلاق الرجعي . الرجعة . تعريفها (١١٨) دليلها ومصدرها (١١٩) بم تحصل

المراجعة (١٢١) هل تصح المراجعة بفعل من الزوجة (١٢٤) الرجعة بقصد المضارة (١٢٥) رأينا : ان الرجعة بقصد المضارة باطلة ويعتبر طلاق الزوج زوجته ثانية دون ان يجامعها قرينة على الضرر والطلقة الثانية باطلة لأن الرجعة غير صحيحة (١٢٨) ما ذهب اليه القانون الاندومي ان الرجعة بدون رضا الزوجة غير صحيحة (١٢٨) نقدنا لهذا القانون وبيان رأينا فيه (١٢٩) الاعلام بالمراجعة . ١٢٩ . ترجيحنا للرأي القائل بوجوب اعلام الزوجة بمراجعتها وإلا كانت باطلة (١٣١) الاشهاد على المراجعة (١٣٢)

المبحث الثاني : الطلاق البائن بينونة صغرى

انواع الطلاق البائن في مختلف المذاهب (١٣٦) هل يملك الرجل ان يجعل من الطلاق الرجعي طلاقاً بائناً .

المبحث الثالث : الطلاق البائن بينونة كبرى (١٤٠)

الفرع الأول : الطلاق في القرآن الكريم . ما ذهب اليه المفسرون في قوله تعالى : الطلاق مرتان (١٤١) اختلاف المفسرين يتأويل اية الطلاق مرتان هل هي ابيان الطلاق المشروع ام لبيان الطلاق الذي يملك فيه الزوج الرجعة . رأينا: ان كلا التأويلين لا بد ان يعتمد على تفسير صحيح لكلمة التسريح في الآية (١٤٤) معنى التسريح (١٤٥)

الفرع الثاني : الطلاق السني والبدعي (١٤٦) هل ايقاع الطلقات الثلاث محرم ديانة ام قضاء (١٤٧) الة من قال ان الطلاق الثلاث بدعي محرم (١٤٨) الطلاق السني والبدعي لدى الاحناف (١٥٢) لا بدعة في طلاق الثلاث لدى الشافعية وابن حزم (١٥٦) . رأينا فيما ذهب اليه الشافعي وابن حزم . الفرع الثالث : هل يقع الطلاق الثلاث: المطلب الأول: تصنيف الموضوع (١٥٩)

تصنيف ابن حزم (١٦٠) ملاحظاتنا حول هذا التصنيف . تصنيف ابن القيم (١٥٨) تصحيح بعض ما ذهب اليه ابن القيم ورأينا في تصنيفه (١٦٢) ما ذهب اليه القرطبي وابن حجر وصاحب سبل السلام (١٦٨)

المطلب الثاني : التصنيف الذي نختاره (١٦٩) المذهب الاول : مذهب عدم وقوع الثلاث (١٧٠) عدم صحة قول الشوكاني الذي اعتبره الاستاذان الزفزاف والحقيف حجة لرايهم . نقدنا للشوكاني (١٧١) تحرير النقول التي تناقلها الفقهاء القدامى والمحدثون في هذا الموضوع (١٧٢) خطأ ما ذهب اليه صاحب الروضة الندية وتصحيحنا لذلك (١٧٣) مناقشة الاستاذ الزفزاف فيما نقله (١٧٤) مناقشة الاستاذ الحقيف (١٨٥) مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث بكلمة واحدة (١٧٧) اضطراب النقل في هذا المذهب في المؤلفات القديمة والحديثة . تحرير مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث بلفظ واحد (١٨١) المذهب الثاني : من قال بوقوع الطلاق الثلاث طلبة واحدة

مذهب الجعفرية في الطلاق المتتابع (١٨٢) خلاصة مذهب الجعفرية : ان الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع واحدة عند جمهورهم . وقال بعضهم : لا يقع به شيء . اما الطلاق المتكرر المتتابع فلا خلاف انه يقع واحدة (١٨٥)

مذهب الزيدية في الطلاق الثلاث : لا يقع إلا واحداً خلافاً لما نقله الاستاذان الزفزاف والحقيف (١٧٦) من قال بهذا المذهب من فقهاء المذاهب الاخرى . ابن تيمية وابن القيم وغيرهم (١٨٧) تصحيح ما نقله ابن القيم عن ابن مغيث المالكي ورأينا فيما ذهب اليه (١٨٨)

المذهب الثالث . مذهب الجمهور : يقع الطلاق المقترن بعدد او المتكرر كما اوقعه الزوج (١٩٣)

المطلب الثالث : ادلة من قال لا يقع الطلاق إلا واحدة (١٩٤)

١ - الاحاديث : أ - حديث ابن عباس (١٩٤) ودالعلماء على هذا الحديث :

١ - فتوى ابن عباس تخالف روايته . مناقشة فتوى ابن عباس : هل صحيح ان ابن عباس خالف روايته (١٩٧) هل يجوز للصحابي ان يخالف روايته (١٩٨) حكم مخالفة الراوي روايته بفتواه ٢ - عدم علم الرسول برواية ابن عباس (٢٠١) مناقشة ذلك . ٣ - الجرح في حديث ابن عباس : لم يروه البخاري . مضطرب من جهة المتن والاسناد انفراد به راويه فهو شاذ . لم ينقله عن ابن عباس إلا طاوس (٢٠٢) مناقشة هذه الاقوال (٢٠٣) . ٤ - تأويلات حديث ابن عباس : تغيير عادة لا تغيير حكم . المقصود بالثلاث التأكيد لا التكرار . دعوى النسخ (٢١١) مناقشة هذه التأويلات والرد عليها (٢١٢) .

ب - حديث ركانة . رد الجمهور على هذا الحديث ومناقشة هذه الردود (٢١٨) منشأ الخلاف في حديث ركانة (٢٢١) رأينا في حديث ركانة (٢٢٢)

٢ - مذهب بعض الصحابة والتابعين .

المطلب الرابع : ادلة الجمهور . (٢٢٧) ١ - الاحاديث (٢٢٧) حديث ابن

عمر . حديث عويمر العجلاني (٢٢٨) . حديث محمود بن لبيد (٢٢٩) .

حديث عبادة بن الصامت (٢٣٠) . حديث فاطمة بنت قيس (٢٣١) .

٢ - الاجماع (٢٣٢) مناقشة ادلة الجمهور (٢٣٥) .

مازاه في هذا الموضوع (٢٤١) ١ - في الاحاديث الواردة في الطلاق الثلاث .

المعبرة للحديث (٢٤٢) ماخالف به الفقهاء أثمهم لصحة الحديث (٢٤٣) .

٢ - في الاجماع : لا اجماع على وقوع الثلاث (٢٤٤) آراء كبار العلماء

المعاصرين في الطلاق الثلاث بين مؤيد ومعارض (٢٤٥)

٣ - مازاه في اجتهاد عمر (٢٤٦) ١ - لولي الامر حق التدخل في شؤون

النكاح والطلاق (٢٤٧) العقوبات التي يفرضها ولي الامر (٢٤٨) .
تفريق النبي بين اناس وزوجاتهم عقوبة لهم (٢٤٩) عقوبة عمر لمن خالف
المشروع من الطلاق بمنعه من مراجعة زوجته (٤٥٠) ٢ - هل كان عمل
عمر تشريعياً له صفة الدوام ام هل هو من قبيل السياسة الشرعية يدور
حول المصلحة (٢٥١)

طلاق الثلاث في قوانين البلاد العربية (٢٥٦) . الطلاق الثلاث في
اندونيسيا (٢٥٧)

الطلاق المتتابع هل يقع ثلاثاً أم طلقة واحدة قانوناً (٢٥٩) ماذهب اليه الشيخ
علي الحنيف . مايراه الشيخ محمد أبو زهرة (٢٥٩) رأي الشيخ عبدالرحمن
تاج (٢٦٠) ماذهب اليه القضاء في مصر وسوريا (٢٦١) رأينا في الطلاق
المتتابع (٢٦٣) نقدنا قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية ورأي
الشيخ محمد أبو زهرة (٢٦٣) ما يؤيد رأينا في وقوع الطلاق المتتابع ثلاث
طلقات قانوناً (٢٦٤) . ما نقترحه في هذا الموضوع .

الباب الثاني : الطلاق بالمرادة المنفردة

الفصل الاول : الصيغة

الفرع الاول : الصريح والكناية (٢٧١) لاخلاف في وقوع الطلاق بلفظ صريح
(٢٧٢) الخلاف في وقوع الطلاق بلفظ الكناية (٢٧٣) ماذهب اليه
الجعفرية والظاهرية والجمهور (٢٧٣) مانراه في اللفظ الذي يقع به
الطلاق (٢٧٧) رأينا في توسع الفقهاء بألفاظ الكناية (٢٨١) مايقوم
مقام اللفظ في الطلاق (٢٨٢) الطلاق بالاشارة (٢٨٣) مانراه في تشدد
الظاهرية والجعفرية في عدم الاعتماد بالطلاق ان كان بالكتابة (٢٨٨) .
الفرع الثاني : التعليق على شرط والاضافة الى المستقبل (٢٨٩) حكم الطلاق
المضاف الى المستقبل في القانون والخلاف ومانرجحه (٢٩٩) مانراه في
التعليق والاضافة : لا يقع الا الطلاق المنجز (٣٠٠)

الفصل الثاني : القصد

المبحث الاول : هل يقع الطلاق بمجرد النية (٣٠٤)

المبحث الثاني : طلاق المازل (٣٠٦)

تنبيه على ما جاء في بعض المؤلفات عن المذهبين المالكي والحنبلي . تصحيح ما جاء في سبل السلام (٣٠٨) ما ذكره الشيخ محمد أبو زهرة (٣٠٩) أدلة القائلين بوقوع طلاق المازل (٣٠٩) من قال بعدم وقوع طلاق المازل (٣١١) رأينا في طلاق المازل (٣٠٢) وجوب التفرقة بين حالتين في طلاق المازل (٣١٣) اذا كان المجلس مجلس هزل ولعب فلا طلاق . اما اذا ادعى بعد ايقاع الطلاق أنه كان يهزل في طلاقه فطلاقه واقع (٣١٣) المبحث الثالث : طلاق المكره (٣١٥) أدلة من قال لا يقع طلاق المكره (٣١٦) أدلة من قال بوقوع طلاقه (٣١٧) مناقشة أدلة الاحناف فيما ذهبوا اليه من وقوع طلاق المكره (٣١٩) طلاق السكران (٣٢١) تفصيل المالكية في طلاق السكران (٣٢٢) أدلة من قال بوقوع طلاقه (٣٢٤) مناقشة هذه الأدلة (٣٢٥) الذين قالوا بعدم وقوع طلاق السكران (٣٢٦) أدلة من قال بذلك (٣٢٨) الذي اراد في طلاق السكران (٣٣٠) ما ذهب اليه القانون المصري والمغربي والسوري . طلاق الغضبان (٣٣١) طلاق المدهوش (٣٣٢) ما نراه في طلاقهما : لا بد من وضع معيار دقيق للغضب والدهش والا اعتبر كل مطلق نفسه في حال غضب فلا يقع طلاق ابدأ . (٣٣٣) ما نوقفه بين طلاق الغضبان لدى الحنابلة وطلاق المدهوش لدى الاحناف (٣٣٣)

المبحث الرابع : طلاق الخطيء (٣٣٥) ما ذهب اليه الاحناف في وقوع طلاق الخطيء (٣٣٥) أدلة الجمهور في عدم صحة طلاق الخطيء (٣٣٨) ما نراه سداً ليااب الاحتيال وضماناً لحقوق الزوجة (٣٣٩) خلاصة ما نراه في هذا الفصل : ان الطلاق يجب ان يتوافر فيه القصد مع اللفظ (٣٣٩) .

الفصل الثالث : المطلق

المبحث الاول : شروط الزوج المطلق (٣٤١) هل للولي ان يطلق عن الصغير او المجنون (٣٤٣) نقد الاستاذ الشيخ علي الحقيف تحديد سن المطلق بالثامنة عشرة في القانون السوري وملاحظتنا على هذا النقد (٣٤٥) طلاق السفه : وقوع طلاقه لدى الجمهور (٣٤٦) الذي اراه عدم وقوع طلاقه : من يجبر عليه لسوء تصرفه في ماله أولى ان يجبر على من يفكك امرته (٣٤٦)

المبحث الثاني : الانابة في الطلاق (٣٤٧) ما يراه الظاهرية وجمهور الفقهاء (٣٤٨) رد الجمهور على الظاهرية (٣٤٩) صيغة التفويض (٣٥١) الخلاف بين الفقه والقضاء المعاصر حول طلاق التفويض المطلق عن التقييد والتعميم . ما يراه الشيخ عبد الوهاب خلاف . رأي الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة (٣٥٢) وخلاف ذلك ما ذهب اليه الشيخ احمد ابراهيم (٣٥٣) الوقت الذي ينشأ فيه التفويض . تكييف التفويض (٣٥٤) آثار التفويض (٣٥٦) رأي المالكية في تفويض الغير في الطلاق (٣٥٨) مذهب الشافعية (٣٥٩) مذهب الحنابلة (٣٦١) مذهب الزيدية (٣٦٣) مذهب الجعفرية (٣٦٥) مذهب الظاهرية (٣٦٧) رأينا في التوكيل والتفويض (٣٦٩) وجوب التفرقة بين تفويض الغير وتفويض الزوجة (٣٧٠) تفويض الغير لامر له فلا يجوز لغير الزوجة أن يفوض اليها امر طلاقها (٣٧٠) اقتراح بتعديل القانون (٣٧١)

الفصل الرابع : المطلقة

المبحث الاول : زوجة في نكاح صحيح (٣٧٣)
المبحث الثاني : الطلاق المشروع (٣٧٤)
الفرع الاول : مشروعية الطلاق في الحيض ١ - ما جاء في القرآن الكريم في تفسير قوله تعالى : فطلقوهن لعدتهن (٣٧٥) خلاصة ما جاء في كتب

المفسرين ان الطلاق للعدة معناه ان يطلق الزوج زوجته وهي في طهر لم يمسه فيه (٣٧٨) . ٢ - الطلاق السني والبدعي لدى الفقهاء (٣٨١) ٣ - من من النساء لا يشملهن منع الطلاق في الحيض (٣٨٤) طلاق الحامل . طلاق من لا يحضن من النساء . طلاق غير المدخول بها (٣٨٥) مذهب الاحناف في طلاق من لا يشملهن المنع (٣٨٦) مذهب الجعفرية (٣٩٠) تحقيق في طلاق الغائب لدى الجعفرية (٣٩١) ٤ - حكمة منع الطلاق في الحيض (٣٩٣) مذهب الاحناف . الشافعية . الحنابلة (٣٩٤) الزيدية (٣٩٥) هل المنع لعدة او هو امر تعبدى (٣٩٦) مانراه في تعليل وحكمة منع الطلاق في الحيض (٣٩٨)

الفرع الثاني : هل يقع الطلاق البدعي (٤٠٠) ١ - مذهب الجمهور (٤٠١) ٢ - مذهب عدم وقوع الطلاق في الحيض . الجعفرية (٤٠٢) الظاهرية (٤٠٣) بعض الزيدية . بعض الحنابلة (٤٠٤) فريق من المالكية قال بعدم الوقوع (٤٠٤) رأي الصنعاني والشوكاني عدم وقوع الطلاق في الحيض (٤٠٥) ٣ - مراجعة المطلقة في الحيض . من قال يجبر على المراجعة (٤٠٦) من قال بالنسب والاستحباب (٤٠٧) مذهب الحنابلة (٤٠٨) من قال بالوجوب (٤٠٩) .

الفرع الثالث . ادلة من قالوا بوقوع الطلاق في الحيض (٣١٣) - ١ - عموم آيات الطلاق في القرآن (٤١٤) - ٢ - ادلة الاحاديث (٤١٥) - ٣ - الادلة القياسية ان شمول اسم الطلاق على المحرم منه دليل على اعتباره . من الورع والاحتياط ان نلزم من طلق في الحيض بوقوع الطلاق . لفظ المراجعة بجديث ابن عمر يفيد وقوع الطلاق (٤١٩) - ٤ - فتاوى الصحابة - ٥ - الاجماع (٤٢١) مناقشة الدليل الاول (٤٢٢) مناقشة الدليل الثاني (٤٢٣) اقوال الفقهاء في رواية « وهي واحدة » (٤٢٥) ما ذكره الاستاذ احمد شاكر (٤٢٦) رد الكوثري . مانرجحه من الاراء (٤٢٨)

مناقشة الدلائل الثالث (٤٢٨) مناقشة الدليل الرابع (٤٣١) مناقشة
الدليل الخامس (٤٣٣) .

الفرع الرابع : ادلة القائلين بعدم وقوع الطلاق في الحيض - ١ - القرآن
الكريم (٤٣٥) - ٢ - حديث ابن عمر - ٣ - الادلة القياسية : النكاح
المتيقن لا يزول إلا بطلاق متيقن . الطلاق في الحيض غير مأذون به .
الطلاق في الحيض منهي عنه كالنكاح المنهي عنه . (٣٣٨) كل عمل خالف
الشرع فهو مردود (٤٣٩) .

مناقشة ادلة القائلين بعدم الوقوع . مناقشة الدليل الاول : هل النهي عن
الشيء يقتضي فساد المنهي عنه (٤٤١) هل النهي عن الطلاق في الحيض
نهي عن شيء غير الطلاق : رأي الاستاذ الشيخ محمد الزفزاف (٤٤٢)
ورد ابن تيمية على من قال ان النهي عن الشيء لا يقتضي فساد المنهي
عنه (٤٤٣) .

مناقشة اهم ماورد في الدليل الثاني من احاديث : رواية ابي الزبير ورد الجمهور
من طريقين : طريق التفسير والتأويل . طريق الجرح في الراوي (٤٤٤)
ما نراه في رواية ابي الزبير جملة الاراء : انه يدلس في احاديثه . يعارض
الرواية ما هو اقوى منها انفراده بهذه الرواية (٤٤٥) .

مناقشة الدليل الثالث (٤٤٩) خلاصة ما نراه في الادلة القياسية (٤٤٢) .
الفرع الخامس (٤٥٣) رأينا في الطلاق في الحيض . الأمور التي اجمعت عليها
الروايات ومنشأ الخلاف :

١ - استفسار عمر عن الطلاق في الحيض (٤٥٣) - ٢ - تغيط النبي من ابن عمر
لأنه ارتكب محرماً - ٣ - قوله عليه السلام لابن عمر ما هكذا امرك
الله - ٤ - امر النبي ابن عمر بمراجعة زوجته . أولاً : ما المراد بالمراجعة
(٤٥٥) المراجعة بمعناها اليوم جاءت بلفظ الرد في القرآن الكريم (٤٥٦)
المراجعة في السنة جاءت على غير معناها الاصطلاحي (٤٥٧) ما يبدو

لنا من معاني كلمة المراجعة العود إلى الزوجة غير المطلقة حيث اعتزلها زوجها لأنها حائض (٤٥٨) ثانياً : سبب المراجعة : أما أن الطلاق لم يقع (٤٦٠) وأما أنه تشريع جديد على من طلق في الحيض فالواجب عليه مراجعة مطلقة . ثالثاً : مافائدة المراجعة (٤٦١) أن في المراجعة إذا وقع الطلاق أضرار بالزوج والزوجة حيث تطول العدة بدون فائدة (٤٦٤) ما يراه بعض الفقهاء المعاصرين في وقوع الطلاق في الحيض . رأي الاستاذ الشيخ علي الحنيف . رأي الاستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت . ما يراه الاستاذ علي حسب الله (٤٦٥) الطلاق في الحيض في قوانين الجعفرية في لبنان والعراق ما جاء في القانون المغربي (٤٦٦) .

خلاصة البحث : أن الطلاق في الحيض لا يقع لأنه غير مشروع حيث وقت الله وقتاً مخصوصاً للطلاق فلا يقع في غيره (٤٦٧) .

الفصل الخامس : الأشهاد على الطلاق (٤٧٠)

ما ذهب إليه المفسرون في قوله تعالى : وأشهدوا ذوي عدل منكم (٤٧١) آراء المذاهب في الأشهاد . رأي الجمهور الإشهاد غير واجب (٤٧٢) مذهب الظاهرية والجعفرية : لا يقع الطلاق إلا مع وجود شاهدين (٤٧٣) مناقشة جميع آراء المذاهب (٤٧٤) .

مناقشة ابن حزم . مناقشة ابن تيمية (٤٧٥) رأينا في الإشهاد : أن الأمر في الآية للوجوب ولا يقع الطلاق بدون أشهاد عليه (٤٧٩) فوائد الإشهاد حين الطلاق (٤٨٠) . ما يراه بعض الفقهاء المعاصرين في الأشهاد . رأي الشيخ محمد أبو زهرة . رأي الشيخ علي الحنيف (٤٨١) .

الجزء الثاني

الباب الثالث : الطلاق بانقاف الزوجين (٤٨٣)

الفصل الأول : الخلع في الشريعة الاسلامية (٤٨٧)

المبحث الاول : حقيقة الخلع ومشروعيته • تعريف الخلع لدى المذاهب (٤٨٨) التعريف الذي نضعه للخلع (٤٨٩) مصدر الخلع (٤٩١) - ١ - القرآن الكريم السنة النبوية (٤٩٢) دعوى نسخ الخلع وجوابنا على ذلك (٤٩٣) - ٢ - السنة النبوية (٤٩٤) ام الروايات التي جاءت في حادثة ثابت بن قيس في مختلف كتب التفسير والاحاديث: في البخاري والطبري والبيهقي والمستدرک والاستيعاب والدارقطني ومسنند احمد والترمذي وابي داود (٤٩٤-٢٩٧) - ٣ - الاجماع (٤٩٩) صفة الخلع هل هو مكروه ام مباح (٥٠٠) •

المبحث الثاني : اركان الخلع (٥٠٣) الفرع الاول : الصيغة • المطلب الاول : المعاطاة (٥٠٤) هل يتعقد الخلع في المعاطاة : رأي المالكية (٥٠٦) الحنابلة والشافعية (٥٠٧) الزيدية (٥٠٨) المطلب الثاني : الصيغة عند الاحناف (٥٠٩) التكييف الفقهي • الخلع عند الاحناف (٥١٠) ما يترتب على كون الخلع ميئناً من جانب الزوج • ما يترتب على كون الخلع معاوضة من جانب الزوجة (٥١١) الصيغة عند المالكية (٥١٣) التكييف الفقهي للخلع لدى المالكية (٥١٥) شرط

الرجعة في الخلع عند المالكية (٥١٦) الصيغة عند الشافعية (٥١٧) التكييف الفقهي للخلع لدى الشافعية (٥١٨) شرط الرجعة في الخلع عند الشافعية (٥٢١) الصيغة عند الحنابلة (٥٢٢) التكييف الفقهي للخلع عند الحنابلة (٥٢٤) الصيغة عند الزيدية (٥٢٥) انواع الخلع عند الزيدية (٥٢٦) شرط الرجعة في الخلع عند الزيدية (٥٢٨) الصيغة عند الجعفرية (٥٢٩) هل يقع الخلع بمجرد الايجاب والقبول لدى الجعفرية ام لا بد من اتباعه بالطلاق (٥٣٠) الاختلاف لدى الجعفرية في وجوب اتباع صيغة الخلع بالطلاق (٥٣١) ما جاء في الروضة البهية . ملاحظتنا حول هذا النص (٥٣٢) تصحيح ما جاء في هذا الكتاب بالرجوع الى المصادر التي استقى منها كالتنذيب والاستبصار (٢٣٢) المبرأة لدى الجعفرية (٥٣٣) الاضطراب في نقل المذهب الجعفري حول هذا الموضوع . ما ذكره الشيخ علي الحنيف (٥٢٥) سبب الاضطراب في النقل يعود الى عدم تحرير بعض الكتب الجعفرية (٥٣٦) شرط الرجعة عند الجعفرية (٥٣٨) الصيغة والتكييف الفقهي عند الظاهرية (٥٣٩) شرط الرجعة عند الظاهرية (٥٣٩) صيغة الخلع والتكييف الفقهي عند الاباضية (٥٤٠) المطلب الثالث : رأينا في صيغة الخلع . من حيث اللفظ ، من حيث العوض (٥٤٢) التكييف الفقهي (٥٤٣) .

افرع الثاني : الزوج . شروط الخلع (٥٤٤)
المطلب الاول : خلع الصبي والمجنونة والمجور عليه في جميع المذاهب (٥٤٤)
المطلب الثاني : خلع المريض مرض الموت (٥٤٧)
الفرع الثالث : الزوجة . المطلب الاول : خلع المريضة مرض الموت (٥٥٠)
مذهب الزيدية والاحناف (٥٥١) مذهب المالكية . مذهب الشافعية والجعفرية (٥٥٣) ما ذهب اليه الظاهرية من صحة تصرفات المريض مرض الموت (٥٥٤) .

المطلب الثاني : خلع غير الزوجة - ١ - من قال لا يجوز خلع غير الزوجة ،
الظاهرية ورواية عند الحنابلة (٥٥٥) مذهب الجعفرية : لا يصح خلع
الاجنبي . رأي الزيدية عدم صحة الخلع من غير الزوجة كما جاء في المنتزع
المختار (٥٥٦) - ٢ - من قال يجوز خلع الاجنبي (٥٥٧) الشافعية .
الزيدية كما في التاج المذهب (٥٥٨) الحنابلة والاباضية (٥٥٩) . خلع
ولي الزوجة المالي عن المجنونة والصغيرة والسفينة (٥٦٠) .

المطلب الثالث : هل يشترط ان تكون الزوجة المخالعة في طهر لاجماع فيه
(٥٦٤) - ١ - من قال انه لا يصح الخلع في الحيض . الجعفرية (٥٦٤)
- ٢ - من قال انه بدعي . الاباضية والزيدية (٥٦٥) - ٣ - تفريق
حسن للشافعية في الخلع اثناء الحيض ما اذا تم بين الزوجين ام بين الزوج
وغير الزوجة (٥٦٦) - ٤ - اختلاف المالكية لاختلافهم في علة منع
الطلاق في الحيض - ٥ - رأي الحنابلة (٥٦٧) الاشهاد في الخلع . (٥٦٨)

الفرع الرابع : العوض . المطلب الأول : مشروعية اخذ العوض في الخلع
(٥٦٩) - ١ - هل يشترط الشقاق والخلاف بين الزوجين لجواز الخلع .
رأي الجمهور عدم الاشتراط (٥٧٠) مذهب اليه الزيدية والظاهرية
والجعفرية انه لا يجوز الخلع إلا بوجود الشقاق بين الزوجين . ادلة الطرفين
ومناقشتها (٥٧١) - ٢ - شرط الكراهية من الزوجة . عدم اشتراط
الجمهور الكراهية لصحة الخلع (٥٧٢) اشتراط الظاهرية والجعفرية شرط
كراهية الزوجة لصحة الخلع (٥٧٣) الخلاف عند الزيدية (٥٧٤) مذهب
الاباضية (٥٧٥) - ٣ - شرط عدم المضارة من الزوج (٥٧٦) مذهب
الحنابلة : اذا غضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها فالخلع باطل ويقع
الطلاق رجعيًا (٥٧٦) مذهب المالكية : الخلع غير صحيح في حال
مضارة الزوج واذا قبض عوض الخلع فيجب عليه رده (٥٧٧) مذهب
الاحناف : عدم جواز العزل غير ان الخلع صحيح ويجرم ديانة . منشأ

الخلاف في رأينا منشأ القاعدة الأصولية ان النهي عن الشيء هل يقتضى فساد المنهي عنه (٥٧٨) مذهب الإباضية : اذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها يجوز قضاء لا ديانة (٥٧٩)

المطلب الثاني : مقدار العوض في الخلع اولاً : اذا كان النشوز من جانب الزوجة ثلاثة اقوال للفقهاء (٥٧٠) - ١ - الزيدية : لا يجوز الخلع باكثر مما دفع الزوج لزوجته من مهر وما للزوجة عند زوجها من حقوق نفقة لها ولأولادها . - ٢ - الظاهرية والجعفرية والشافعية والمالكية : يجوز ان يكون العوض اكثر مما دفعه اليها من مهر . ما نراه في تحديد عوض الخلع (٥٨٢) يجب الا يتجاوز عوض الخلع عما ساقه الزوج الى زوجته من مهر وذلك لثلاثة امور : لمداول الآية الكريمة : ولا يحل لكم .. وحديث ثابت بن قيس . والمصلحة التي تؤمن بتحقيق الخلع بشكل لا تعسف فيه (٥٨٢) ثانياً : اذا كان النشوز من جانب الزوج والكراهية منه . مذهب الاحناف : عدم جواز اخذ العوض ديانة (٥٨٣)

المطلب الثالث : نوع العوض الذي يتم به الخلع (٥٨٥) الخلع على اسقاط حق احد الزوجين في امساك ولده مدة الحضانة . خلاف المذاهب في ذلك . منشأ الخلاف في رأينا يدور حول حق الحضانة هل هو حق للطفل فلا يجوز التنازل عنه ام هو لأحد الابوين فيجوز لأحدهما التنازل عنه (٥٨٦) .

الفرع الخامس : الخلع لدى القاضي . من ذهب الى ان الخلع لا يجوز الا عند القاضي (٥٨٨) رأي الجمهور عدم اشتراط ذلك (٥٨٩) ادلة الجمهور (٥٨٩) ادلة الجمهور ومخالفيهم ومناقشة هذه الادلة (٥٩٠) ما نراه في هذا الموضوع : وجوب التفريق بين حالين : حال الرضا في الخالعة فلا يشترط وجود القاضي وحال عدم الاتفاق كما في حال

الشقاق فيجب حضور القاضي خاصة ونحن رجحنا الا يتجاوز عوض
الخلع ماساقه اليها (٥٩٢)

البحث الثالث : آثار الخلع (٥٩٣) - ١ - من قال ان الخلع طلاق بائن (٩٥٤)
ادلة من قال ان الخلع طلاق بائن (٥٩٦) - ٢ - من قال ان الخلع طلاق
رجعي وادلهم (٥٩٨) . الرد على ابن حزم ومناقشة الظاهرية فيما ذهبوا
اليه (٥٩٩) ماجاء في زاد المعاد نقلاً عن سعيد بن المسيب . تصحيح
ماذهب اليه ابن القيم . ملاحظتنا حول ما فهم من كلام سعيد بن المسيب
(٦٠١) - ٣ - الخلع طلاق بائن وينقلب رجعياً (٦٠٣) الخلع طلاق
عند الجعفرية وليس بفسخ . تحرير المسألة من مختلف كتبهم لاضطرابها
(٦٠٤) والتحقيق على ان الخلع طلاق بائن لدى الجعفرية غير ان للزوجة
حق الرجوع فيما بذلته فيصبح الخلع رجعياً فان شاء الزوج راجع
زوجته مادامت في العدة (٦٠٦) - ٤ - الخلع فسخ وليس بطلاق
(٦٠٧) اذلة من قال ان الخلع فسخ (٦٠٩) الادلة التي ساقها ابن القيم
على ان الخلع فسخ . ملاحظتنا على ماجاء به ابن القيم وما نقله الشيخ علي
الحفيف والشيخ محمد الزفزاف (٦١٠) ماجاء من ادلة ابن القيم لاتصح
حجة على الاستدلال لهذا الرأي (٦١١) . مناقشة من قال ان الخلع فسخ
ومن قال انه طلاق : القرآن السنة (٦١٢) فتاوى الصحابة (٦١٣) هل
ينقلب الخلع الى طلاق اذا تغيرت صيغته . ما نقله ابن قدامه في المغني
(٦١٤) ملاحظتنا حول هذا النص . ماجاء في فتاوى ابن تيميه (٦١٥)
مناقشة ابن قدامه وابن تيميه وتصحيح ماذهب اليه (٦١٦) مانرجحه :
ان الخلع باي لفظ وقع يجب الا يصرفه عن حقيقته (٦١٧) رأينا في
آثار الخلع : أن الخلع فسخ للأمور التالية ١ - ان الطلاق حق ينفرد به
الزوج اما الفسخ فهو بالتراضي والخلع كذلك ٢ - الأصل في الطلاق
ان يكون رجعياً وفي اعتبار الخلع طلاقاً رجعياً تنافياً مع الغرض

المقصود منه فكان لأبد من اعتباره فسخاً توسعة لعدة الطلقات التي عليها الزوج ٥ - وفي ذلك قضاء على تعدد الطلقات في العدة . ٦ - وفي هذا ايضاً قضاء على خلع الاجنبي اذ الفسخ لا يجوز ان يكون إلا بين الزوجين أو من ينوب عنها (٦٠٨) الاثار التي تترتب على اعتبار الخلع فسخاً أو طلاقاً (٦١٩)

المبحث الرابع : اذا طلبت الزوجة المخالعة من زوجها فهل يجب عليه أن يلبي طلبها فيطلقها (٦٢٢) الجمهور على أنه يندب للزوج ان يجيب زوجته الى طلبها بالمخالعة . بعض الجعفرية وبعض الحنابلة انه يجب ذلك وجوباً لاندباً (٦٢٣) ما اراه في هذا الموضوع : ان الزوجة اذا طلبت المخالعة فيجب على الزوج ديانة ان يجيبها الى ذلك بعد تعذر الاصلاح وإلا رفعت الأمر للقاضي فيفوق بينها (٦٢٤) ما يرد من اعتراضات على هذا الرأي (٦٢٥) - ١ - ان امر النبي عليه السلام في خلع ثابت بن قيس كان امر ندب واستحباب لا أمر وجوب . والجواب : ليس في الحديث ما يصرف الأمر عن الوجوب . بل هناك في بعض الروايات الصحيحة ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وثابت في بيته - ٢ - ان تفريق النبي كان بصفته ولي أمر المسلمين لا بصفته مشرعاً فليس له صفة الدوام . والجواب : ان هذا التفريق كان تشريعاً بدليل ان هذه الحادثة هي من مصادر تشريع الخلع (٦٢٦) - ٣ - طلاق ثابت زوجته كان خوفاً من النبي . الجواب : لم يكن من عادة الصحابة الا الجراءة والمناقشة للنبي في جميع امورهم . ما يدل على ذلك من السيرة (٦٢٧) كان الصحابة يفرقون في اوامر النبي بين الاوامر التي لهم فيها الخيار وبين الاوامر الملزمة . الدليل على ذلك حديث بريدة . (٦٢٨) . بحث الموضوع من الناحية الواقعية (٦٢٩) اذا لم يحقق الزواج هدفه ، وتبين للزوجة في زوجها ما لو رآه فيها لطلقها فماذا تفعل . قصة ام يزيد زوجة معاوية حينما فضلت

اعرابياً على امير المؤمنين معاوية فطلقها (٦٣٠) تخيير النبي زوجته بالبقاء او الفراق دليل على انه لا تغنت ولا اجبار ولا اكراه في الحياة الزوجية (٦٣١) ما ذكره ابن رشد: ان الله جعل الخلع بيد المرأة اذا بغضت زوجها كما جعل الطلاق بيد الزوج اذا بغض زوجته (٦٣٢) الخلاصة : لكل من الزوجين مفارقة صاحبه اذا تعذر عليها الاصلاح (٦٣٣)

المبحث الخامس : الخلع في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية (٦٣٤) مصر . ملاحظتنا على مجاء في هذا القانون (٦٣٥) . العراق . تونس . المغرب . ما نلاحظه في هذه القوانين (٦٣٧)

الفصل الثاني : الطلاق باتفاق الزوجين لدى الامم القديمة والشوائع السابقة

المبحث الاول : الطلاق باتفاق الزوجين لدى اليونان (٦٣٨)

المبحث الثاني : الطلاق بالاتفاق لدى الرومان (٦٣٩)

المبحث الثالث : الطلاق باتفاق الزوجين عند اليهود . طائفة الروبانيين (٦٤٠) يجوز الطلاق بالاتفاق اذا كان بحكم من السلطة المالية . طائفة القرانين (٦٤١) الاجتهادات القضائية .

المبحث الرابع : الطلاق باتفاق الزوجين عند المسيحية . القوانين . القضاء (٦٤٢) الفقه . اختلاف شراح القانون حول جواز التفريق بالاتفاق . ما يراه الدكتور اهاب اسماعيل (٦٤٣) رد الدكتور رفعت خفاجي (٦٤٤) مانراه في هذا الموضوع (٦٤٥)

الفصل الثالث : الطلاق باتفاق الزوجين في القوانين الاجنبية (٦٤٦)

الطلاق بالاتفاق في فرنسا . بلجيكا . الانفصال بالاتفاق في ايطاليا (٦٤٧)

القانون السوفييتي (٦٤٨)

(٦٤٩)

الباب الرابع : الطلاق بحكم القاضي

الفصل الاول : التفريق للعيوب والامراض

المبحث الاول : التفريق للعيوب والامراض في الشريعة الاسلامية (٦٥١)
الفرع الأول : رأي المذاهب في اصل التفريق للعيوب . ثلاثة آراء (٦٥٢)
أولاً : مذهب الظاهرية : لا تفريق للعيوب (٦٥٣) دليل هذا المذهب (٦٥٤)
مناقشة الظاهرية وابن حزم فيما ذهبوا اليه (٦٥٥) التفريق للعيوب عند
الظاهرية اذا اشترط احد الزوجين السلامة من العيوب . رأينا في هذا
المذهب (٦٥٦) المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً وشرط السلامة معروف
لدى كل من الزوجين دون اشتراط ولهذا نرجح التفريق للعيوب استناداً
الى هذا عند الظاهرية (٦٥٧)

ثانياً : مذهب الاحناف : للزوجة فقط ان تطلب التفريق اذا وجدت احد
العيوب الجنسية في زوجها حصراً (٦٥٨) دليل أبي حنيفة . تعليل حصر
العيوب عند الحنفية للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة (٦٥٩)

ثالثاً : مذهب الجمهور : لكل من الزوجين حق طلب التفريق اذا وجد صاحبه
معيباً باحدى العيوب التي ذكروها (٦٦١) ادلة الجمهور (٦٦٣)

الفرع الثاني : هل العيوب التي اوردها الفقهاء جاءت على سبيل الحصر (٦٦٥)
من قال من الفقهاء بعدم حصر العيوب (٦٦٦) مذهب الامام محمد من
الحنفية (٦٦٨) تحقيق مذهب محمد بالرجوع الى مخطوطات ومؤلفات
قديمة : ان مذهب محمد عدم حصر العيوب الموجودة في الزوج (٦٦٩)
من قال بحصر العيوب الموجودة للتفريق . نصوص الفقهاء على اختلاف
مذاهبها تشير صراحة الى حصر هذه العيوب بما ذكره منها (٦٧١)
تعليل الفقهاء التفريق للعيوب يدلنا على ان الامر خلاف ما ذكره وانه
لا حصر في العيوب (٦٧٣) هل يعتبر عقم احد الزوجين سبباً لطلب

التفريق بينهما (٦٧٨) الذي اراه ان العقم من الاسباب التي تجيز طلب التفريق ودليلي في هذا (٦٧٩) شروط الخيار في التفريق لدى الشافعية (٦٨١) لا تفريق بالعيب ان كان قبل العقد او بعده . هل هذا الحق على الفور ام على التراخي . ما استثنى من الفورية (٦٨٢) هل للمريض ان يطلب التفريق . بطلان الفسخ (٦٨٣) شروط الخيار في العيب لدى الحنابلة (٦٨٤) هل يشترط ان يكون العيب قبل الدخول . هل يثبت على الفور أم على التراخي . اذا رضي احدهما بعيب في صاحبه ثم ظهر غيره من العيوب . هل يشترط بقاء العيب حتى طلب التفريق (٦٨٥) شروط الخيار في العيب لدى الجعفرية (٦٨٦) ما يسقط الخيار (٦٨٧) الفورية في طلب الفسخ . لو رضي بعيب ثم اتسع (٦٨٨) اذا امكن علاج المرض فلا خيار (٦٨٩) اذا تبين العيب بعد الطلاق فلا بطلان للفسخ (٦٨٩) شروط الخيار بالعيب عند المالكية (٦٩٠) التفرقة بين العيوب ان وجدت قبل العقد او بعده . العيوب الجنسية (٦٩١) هل للمريض حق طلب التفريق (٦٩٢) ما يسقط حق الخيار . تدأوي المريض (٦٩٣) شروط الخيار بالعيب لدى الاباضية (٦٩٥) شروط الخيار بالعيب لدى الزيدية (٦٩٧) شروط الخيار بالعيب لدى الاحناف (٦٩٩) .

الفرع الرابع : آثار الفقرة بالعيب (٧٠٠) - ١ - من قال ان الفقرة طلاق : الاحناف . المالكية (٧٠٠) - ٢ - من قال ان الفقرة فسخ : الشافعية والحنابلة (٧٠١) الزيدية الجعفرية (٧٠٢) الاباضية (٧٠٣) .

المبحث الثاني : التفريق للعيوب والامراض في قوانين

البلاد العربية (٧٠٤)

الفرع الاول : نصوص القوانين (٧٠٤) لبنان . الاردن . تونس (٧٠٥)

المغرب (٧٠٦) العراق . سوريا (٧٠٧) مصر (٧٠٨) .

الفرع الثاني : نظرات سريعة في مواد التفريق للعلل والامراض في القوانين العربية (٧٠٩) من اين استمدت القوانين العربية هذه المواد (٧١١) ما اراه في هذا الموضوع خلافاً لما ذهب اليه شراح القانون ان مصدر هذه المواد هو المذهب الحنفي لا المالكي بالنسبة الى جميع القوانين التي اعطت هذا الحق للزوجة دون الزوج . ودليلي : ١ - ان القوانين العربية اعتبرت التفريق للعيوب طلاقاً بائناً وهذا من المذهب الحنفي خلافاً لبقية المذاهب ، ٢ - انها اعطت الحق للزوجة دون الزوج وهذا من المذهب الحنفي بينما في المذهب المالكي وغيره هو حق المزوجين ٣ - ان مذهب حنبل من الحنفية هو المذهب الوحيد الذي لم يحصر العيوب الموجبة للتفريق كما ذهب اليه القانون (٧١٢) .

الفرع الثالث : الاجتهادات القضائية (٧١٣) ع م حصر العيوب . اذا طال العلاج جاز التفريق . السكوت عن العيب . سريان المرض الزوج الآخر (٧١٤) التفريق للعيوب الجنسية (٧١٥) اقتراح بتعديل القانون المصري وبقية القوانين المماثلة (٧١٦) .

الفرع الرابع : المواد التي تقترحها لقانون الاحوال الشخصية في التفريق للعلل والامراض (٧١٧) .

المبحث الثالث : التفريق للعيوب والامراض لدى اليهودية والمسيحية (٧١٨) .

الفرع الاول : التفريق للعيوب لدى اليهود . طائفة الربانيين (٧١٨) .
اولاً : عيوب الزوجة (٧١٩) ثانياً : عيوب الزوج (٧٢١) طائفة القرائين (٧٢٤)
المقارنة في التفريق للعيوب والامراض بين الشريعة الاسلامية والشريعة اليهودية . أوجه الاتفاق . أوجه الخلاف (٧٢٧) .

الفرع الثاني : التفريق للعيوب والامراض في المسيحية (٧٢٩) .
الاقباط الارثوذكس . ما جاء في قانون ١٩٣٨ من مواد في التفريق

للعيوب (٧٢٩) مشروع قانون ١٩٥٥ . ما ذكره ابن العسال وابن
لقلق (٧٣٠) خلاصة الآراء : ان الامراض ثلاثة انواع . الجنون .
الامراض المعدية (٧٣٢) الامراض الجنسية (٧٣٣) الروم الارثوذكس
(٧٣٤) الكاثوليك (٧٣٥) هل يعتبر العقم من العلل المجيزة للتفريق في
المسيحية (٧٣٥) الخلاف في الرأي حول هذا الحق وما نراه في ذلك (٧٣٦)
الاجتهادات القضائية (٧٣٧) اختلاف الاجتهاد في الاعتداد بالعقم (٧٣٧)
التطليق خشية العدوى من المرض . حق التفريق للسليم دون المريض .
التطليق للجنون (٧٣٨) التطليق للعنة النفسية (٧٣٩) ملاحظتنا على
ما جاء من مواد التفريق للامراض والعيوب في المسيحية (٧٤١) لم يكن
التفريق للعيوب والامراض في المسيحية قبل عصر ابن العسال (٧٤١)
توسع المحاكم في التفريق . عدم حصر العيوب (٧٤٢) .

المبحث الرابع : التفريق للعيوب والامراض في قوانين

البلاد الاجنبية (٧٤٣)

القانون الالماني : خلل القوى العقلية . المرض العقلي . الامراض المعدية
والمنفرة (٧٤٣) ملاحظتنا حول هذه الاسباب (٧٤٤)
القانون اليوناني : آفة العقل . البرص . العنة (٧٥٥) شروط طاب التطليق
وما يسقط هذا الحق (٧٤٦)

القانون الانجليزي : الجنون . العيب التناسلي (٧٤٧)

الفصل الثاني : التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق (٧٤٨)

المبحث الاول : في الشريعة الاسلامية

الفرع الاول : كيف عالج الاسلام نشوز احد الزوجين (٧٥٠)
المطلب الاول : نشوز الزوجة . المرحلة الاولى : الوعظ (٧٥١) المرحلة الثانية :
الهجر (٧٥٢) حكمة الهجر في المضجع لا في الفراش . المقصود من الهجر
في رأينا انه درس للزوجة لتعرف ان زوجها جاد فيما هو فيه . وامتحان

للزواج ليجرب نفسه قبل اقدامه على الطلاق (٧٥٣) المرحلة الثالثة :
الضرب (٧٥٤) الضرب كما جاء في القرآن وكتب الفقه والحديث لا كما
اشتهر على ألسنة اعداء الاسلام . رد شبهات حول ضرب الزوجة :
١ - ما هو الضرب (٧٥٥) ٢ - هل الضرب إلزامي (٧٥٦) ٣ - هل
هو لكل النساء (٧٥٧) ٤ - هل الضرب عقوبة على الزوجة أم علاج (٧٥٨)
الضرب في رأينا امر نظري لأن اكثر من لا يجدي معهن الوعظ ولا
المعجر لا ينفع معهن ضرب ولا اذى . رأي لنا في ضرب الزوجات (٧٥٨)
للزوجة حق طاب التفريق اذا ضربها زوجها ضرباً مؤلماً . كما لها ان ترفع
امرها للقاضي تطلب معاقبة الزوج حسب قانون العقوبات (٧٥٩) المطلب
الثاني : نشوز الزوج (٧٦٠) المطلب الثالث : الشقاق بين الزوجين خطأ
كل منهما (٧٦٢)

اولاً : نظام التحكيم . من المخاطب بقوله تعالى : فإن خفتم ... (٧٦٣) اقترح
يجعل بعث الحكيم واجباً في كل نزاع عند كل طلاق (٧٦٤) مهمة
الحكيم (٧٦٦) ثانياً : التفريق للشقاق والخلاف فيه (٧٦٧) من قال
بعدم التفريق للشقاق : الاحناف . الشافعية . الحنابلة (٧٦٨) الظاهرية .
الجعفرية (٧٦٩) أدلة من قال بعدم التفريق (٧٧٠) من قال بالتفريق
للشقاق والضرر (٧٧٢) المالكية . الحنابلة . الشافعية (٧٧٣) ادلة من
قال بالتفريق (٧٧٤) رأينا في التفريق للشقاق بين الزوجين (٧٧٦)
التفريق للضرر في المذهب المالكي (٧٧٧) ما نستخلصه من نصوص المالكية
من مبادئ في التفريق للشقاق والضرر (٧٨٠) .

الفرع الثاني : التفريق للشقاق والضرر في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد
العربية (٧٨٢) لبنان . المغرب . تونس (٧٨٣) العراق (٧٨٤) مصر
الاردن (٧٨٥) سوريا (٧٨٦) ملاحظتنا على ما جاء في هذه
القوانين (٧٨٧) .

المطلب الثاني : الاجتهادات القضائية في التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين (٧٨٩) الضرر امر تقديري يخضع لرأي القاضي من الضرر سب الزوجة وابتزاز اموالها . (٧٩٠) استحكام الخلاف بين الزوجين سبب موجب للتفريق . الضرر كما يكون بعد الدخول يكون قبل الدخول (٧٩٠) الشروع بقتل الزوجة يعتبر ضرراً مسوغاً للتفريق . الطلاق للضرر المعنوي (٧٩٢) من الضرر اتهام الزوجة بالزنا ، هل يعتبر فسق الزوج ضرراً يميز التفريق (٧٩٣) التفريق لهجر الزوج زوجته (٧٩٤) تفريق الحكمين ان كان الضرر من الزوج (٧٩٥) هل يعتبر تعدد الزوجات ضرراً يبيح للزوجة طلب التفريق لاجله (٧٩٦) رأينا في الموضوع : اختلاف الحكم بين الزوجين (٧٩٧) بالنسبة للزوجة الاولى : لها حق اشتراط عدم التزوج عليها فاذا خالف الزوج ما التزم به كان لها حق طلب التفريق . اما اذا لم تشترط وحصل لها ضرر التعدد فلها هذا الحق . فالتعدد في حد ذاته ليس ضرراً في ذاته (٧٩٧) بالنسبة للزوجة الثانية : اذا علمت حين الزواج انه متزوج فلا خيار لها . اما اذا لم تعلم فلها حق طلب الفسخ للتفريق بها ولانها تزوجته على شرط ملحوظ انه غير متزوج (٧٩٨) ما جاء في القانون المغربي من حق الزوجة في ان تشترط عدم التزوج عليها (٧٩٩) .

المطلب الثالث : ما ناقشته من مواد في هذا الموضوع (٨٠٠)

الفرع الثالث : التفريق للغبية او للسجن (٨٠١)

المطلب الاول : آراء المذاهب : الاحناف ، الشافعية (٨٠٢) الظاهرية ، الزيدية الجعفرية (٨٠٣) الحنابلة (٨٠٤) .

المطلب الثاني : قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية لبنان ، العراق (٨٠٦) الاردن ، تونس ، مصر ، المغرب (٨٠٧) سوريا . ملاحظتنا على ما ذهب اليه هذه القوانين (٨٠٨) .

المطلب الثالث : الاجتهادات القضائية في الغائب والمحجوس (٨٠٩)
الغياب بدون عذر مشروع . لابد من الاعذار قبل التطبيق (٨٠٩)
لابد من مضي سنة من حبس الزوج لطلب التفريق (٨١٠)
المبحث الثاني : التفريق للضرر لدى اليهود والمسيحية (٨١٣)
الفرع الاول : التفريق للضرر عند اليهود . طائفة الرومانيين (٨١٣) التفريق
للضرر التفريق للشقاق (٨١٤) التطلاق للغيبة ؛ طائفة القرانين (٨١٥)
الفرع الثاني : التطلاق للضرر في المسيحية (٨١٦) الاقباط الارثوذكس .
ما ذكره ابن العسال في المجموع الصفوي ماجاء في مصباح الظلمة لابن
كثير . اسباب فسخ الزيجة في الخلاصة القانونية (٨١٦) التفريق للضرر
في قانون عام ١٩٣٨ وفي مشروع عام ١٩٥٥ (٨١٧) الارمن
الارثوذكس (٨١٨) الاجتهادات القضائية (٨١٨) طلب التطلاق هو
حق للمتضرر من الزوجين (٨١٩) التطلاق للخطأ المشترك ، التطلاق
لاتهام احد الزوجين الاخر (٨٢٠) التطلاق لهجر احد الزوجين
الاخر (٨٢١) طلب التطلاق للهجر من المتضرر . التفريق لتنافر
الطبائع (٨٢١)

المبحث الثالث : التفريق للضرر في القوانين الاجنبية .
الفرع الاول : التفريق للضرر في القانون الفرنسي (٨٢٣) شروط التفريق
للضرر (٨٢٤) حالات التفريق للضرر (٨٢٦) ما ذهب اليه القضاء الفرنسي
التفريق للاهانة (٨٢٧) التفريق للاعتداء على الاخر (٨٢٧) الامتناع
عن المعاشرة ، الكراهية هجر مسكن الزوجية ، العجز الجنسي (٨٢٨)
الفرع الثاني : التفريق للضرر في القانون اليوناني ، الحالات التي يجوز فيها
طلب الطلاق ، الاعتداء على الحياة الهجر المعتمد (٨٢٩) شروط
التفريق للهجر . تصدع العلاقة الزوجية وشروط ذلك (٨٣٠) الطلاق
بسبب الغيبة (٨٣١) التفريق للضرر في القانون الانجليزي .

الفرع الثالث : حالات التفريق : الهجر وشروطه (٨٣٢) القسوة . ارتكاب بعض الجرائم (٨٣٣) .

الفرع الرابع : التفريق للضرر في القانون الالماني . الاخلال بالالتزامات الزوجية (٨٣٤) الهجر (٨٣٥) رأينا في اعطاء حق طلب التفريق للزوج المتسبب يتنافى مع فكرة العقوبة (٨٣٥) .

الفرع الخامس : التفريق الجنائي بين الزوجين للضرر في القانون الايطالي (٨٣٦)

الفصل الثالث التفريق للاعسار بين الزوجين (٨٣٧)

المبحث الاول : التفريق للاعسار في الشريعة الاسلامية . تمهيد (٨٣٧)

الفرع الاول : رأي المذاهب في التفريق للاعسار (٨٣٩)

المذهب الاول : عدم التفريق للاعسار . الاحناف (٨٤٠) جمهور الزيدية (٨٤١) جمهور الجعفرية (٨٤٢) .

المذهب الثاني : مذهب الظاهرية : عدم التفريق والزام الزوجة بالنفقة . دليل هذا المذهب (٨٤٧) .

المذهب الثالث : مذهب ابن القيم : لا يجوز التفريق الا في حالتين : اذا امتنع عن الانفاق وهو قادر . واذا غرَّ الزوج زوجته حين العقد فقال انه ثري والحال انه فقير (٨٤٨) .

المذهب الرابع : التفريق للاعسار ، ادلة هذا المذهب (٨٤٩) تفصيل مذهب

التفريق للاعسار ١ - اذا كانت الزوج قادرا على الانفاق ، مذهب

الشافعية (٨٥٢) مذهب الحنابلة (٨٥٣) مذهب المالكية (٨٥٤) الاختلاف

بين المذاهب الثلاثة (٨٥٥) ٢ - اذا لم يكن للزوج مال (٨٥٥)

٣ - هل الفسخ فوري ام يجوز فيه التأجيل (٨٥٦) الشافعية . الحنابلة .

المالكية (٨٥٧) الرضا والعلم بالاغسار (٨٥٨) ٥ - ماهو مقدار

النفقة التي ان اعسر بها الزوج حق للزوجة طلب التفريق (٨٥٩) اثار

الفرقة وهل هي فسخ ام طلاق (٨٦١) .
الفرع الثاني : التفريق للاعسار في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد
العربية (٨٦٢) لبنان ، العراق ، تونس ، مصر (٨٦٣) الاردن
المغرب (٨٦٤) ملاحظتنا حول مواد التفريق للاعسار في القوانين
العربية (٨٦٥) .

الفرع الثالث : الاجتهادات القضائية (٨٦٧) نفقة الزوجة على زوجها ولو كانت
غنية مقدار النفقة للزوج المعسر (٨٦٧) اذا لم يترك الغائب نفقة شروط
الرابعة للمطلق للاعسار ، القاضي هو الذي يقرر اليسار (٨٦٧) اذا اصر
الزوج على عدم الانفاق وراجع زوجته فالرجعة باطلة (٨٦٩)
الفرع الرابع : ما نقرحه من مواد للتفريق بين الزوجين للاعسار .

المبحث الثاني : التفريق للاعسار لدى اليهود . طائفة الروبانيين ، حالة غياب
الزوج ، حالة تطوع آخر بالانفاق (٨٧١) اذا تركت الزوجة بيتها
للشقاق واستدانت ، اذا تركت الزوجة بيتها لضرب زوجها واستدانت
من الغير حالة الاعسار (٨٧٢) طائفة القرائين : وجوب النفقة على الزوج
مقارنة بين الشريعة الاسلامية والشريعة اليهودية في التفريق
للاعسار (٨٧٣) .

الباب الخامس : الطلاق بحكم الشرع والقانون (٨٧٥)

الفصل الاول

اللعان او التفريق للزنا (٨٧٧)

المبحث الاول

اللعان في الشريعة الاسلامية . تمهيد (٨٧٩)

الفرع الاول : تعريف اللعان ومصدر تشريعه (٨٨١)

الفرع الثاني : صيغة اللعان وكيفية (٨٨٦)

الفرع الثالث : شروط وجوب اللعان (٨٨٩) ادلة من قال ان اللعان شهادة
 ادلة من قال ان اللعان بين (٨٩١) اهلية الزوجة في اللعان . هل يصح
 اللعان من الزوجة الصغيرة او المجنونة (٨٩٢) اللعان قبل الدخول (٨٩٤)
 الفرع الرابع : اذا ابى احد الزوجين اللعان (٨٩٥) مذهب الجمهور : اي من
 الزوجين رفض اللعان اقيم عليه الحد (٨٩٥) ادلة الجمهور (٨٩٦) مذهب
 الاحناف : لا يقام الحد على من نكل عن اللعان الا انه يحبس . ادلة
 الاحناف والرد على الجمهور (٨٩٧) مانراه في الترجيح بين الرايين .
 مذهب اليه الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة ان الزوجة اذا امتنعت عن
 اللعان حبست وان صدقته اقيم عليه الحد . تحرير هذا النقل . خطأ مانقل
 عن متن القدوري في هذا الموضوع وما تناقلته المؤلفات الحديثة (٨٩٨)
 ماجاء في الجوهرة . وفتح القدير . وملتقى الابحر وجمع الانهر ومتن
 الكنز والمنسوط وكلها تجمع على ان من صدقت زوجها باللعان فلا تحد
 مالم تقر بالزنا ولكن يبطل اللعان (٨٩٩) مانقله ابن عابدين عن السكاكي
 مانراه في الخلاف في هذه النقولات (٩٠٠)

الفرع الخامس : آثار اللعان . الفرق بين الزوجين (٩٠١)

١- مذهب من قال ان الفرقة تقع بحكم الحاكم بعد اللعان (٩٠٢)
 ادلة القائلين بهذا المذهب (٩٠٣) الرد على الشافعي (٩٠٤) الرد على
 الاحناف (٩٠٥)

٢- ادلة القائلين بأن الفرقة تقع باللعان ولا تحتاج الى قضاء الحاكم (٩٠٦)
 مناقشة المخالفين (٩٠٧)

٣- ادلة القائلين بان اللعان لا يوجب التفريق .
 هل الفرقة باللعان فسخ ام طلاق (٩٠٩) التحريم المؤبد او الموقت
 (٩١٠) من قال بالتحريم المؤبد . حجة هذا المذهب (٩١١) من قال
 بالتحريم الموقت (٩١٣) . رأينا في الخلاف بين المذهبين (٩١٥)

المبحث الثاني : الطلاق الزنا لدى بعض الامم القديمة والشرائع السابقة (٩١٦)

الفرع الاول : الطلاق للزنا عند اليونان (٩١٦)

الفرع الثاني : الطلاق للزنا عند الرومان (٩١٧)

الفرع الثالث : الطلاق للزنا لدى اليهود . طائفة الربانيين (٩١٩) طائفة

القرائين (٩٢١)

الفرع الرابع : الطلاق الزنا في المسيحية (٩٢٣) نصوص الانجيل . قوانين

المسيحية في الطلاق للزنا (٩٢٤) قوانين المسيحية في الطلاق الزنا: المجموع

الصفوي . ابن كير . الخلاصة القانونية (٩٢٥) ملاحظاتنا على هذه

النصوص (٩٢٦) حكم الزنا قبل الزواج (٩٢٧) معنى الزنا الموجب

لطلب الطلاق (٩٢٨) ملاحظة الاستاذ حبشي على ما جاء في المجموع

الصفوي ان تلك الاسباب من سوء الاخلاق الموجبة للتفريق لم تعد

صالحة للتطبيق . ردنا على هذه الملاحظة ان العادات والاعراف تتم

نقص القوانين (٩٢٩) الزنا الحكمي وما ذهب اليه الدكتور اهاب

اسماعيل (٩٣٠) هل حق طلب الطلاق الزامي بالنسبة للزوج الآخر

(٩٣٢) هل الزنا سبب ملزم للقاضي بالتفريق (٩٣٤) رأي لنا في الطلاق

للزنا (٩٣٥) اذا اراد أحد الزوجين الطلاق فما عليه الا ان يرتكب

جريمة الزنا حقيقة او صورية . مايرد على هذا الرأي من اعتراضات

١- ليس كل فرد يقدم على الزنا خطورة هذه الجريمة

٢- ان القانون وراء الزاني حيث يعاقبه .

٣- لو ثبت الزنا فيبقى حق طلب التطليق للآخر

٤- لو طلب الطرف الآخر التطليق فللقاضي حق الاجابة او الرفض (٩٣٦)

الرد على هذه الاعتراضات (٩٣٧)

المبحث الثالث : الطلاق للزنا في القوانين الاجنبية . القانون الايطالي . انكلترا

(٩٣٩) التطليق للزنا في القانون الفرنسي (٩٤٠) الاجتهادات القضائية

(٩٤١) مقارنة بين الشريعة الإسلامية وبقية الشرائع والقوانين (٩٤٢)
محاولة الاسلام اخفاء جريمة العار عن احد الزوجين باللعان اما في بقية
الشرائع فلا بد من ثبوت جريمة الزنا (٩٤٣) ان خيراً للمجتمع ان يفتح
باب الطلاق على مصراعيه كما جاء في الشريعة الإسلامية من ان تملأ
الشوارع بالزناة . وخير ألف مرة ان يقال للولاد يا أولاد المطلقين او
المطلقات من ان يقال لهم يا أولاد الزنا (٩٤٣)

الفصل الثاني : الظهار في الشريعة الإسلامية (٩٤٤)

المبحث الاول : تعريف الظهار ومصدره وصفته الشرعية (٩٤٥)

المبحث الثاني : اركان الظهار (٩٤٨)

١- مظاهر (٩٤٨) هل يصح ظهار المرأة (٩٥٠) ٢- مظاهر منها

٣- صفة الظهار (٩٥٢) ٤- المشبه (٩٥٤)

المبحث الثالث : آثار الظهار : حرمة الاستمتاع حتى التكفير (٩٥٦) دور

الزوجة في الظهار (٩٥٧) هل يجوز الوطء قبل التفكير (٩٥٨)

الفصل الثالث : الايلاء في الشريعة الإسلامية (٩٦١)

المبحث الاول : تعريف الايلاء ومصدره وصفته الشرعية (٩٦٢)

المبحث الثاني : اركان الايلاء (٩٦٥)

١- الخالف ٢- محلوف به (٩٦٦) اذا ترك الوطء بدون يمين فهل يعتبر

مولياً (٩٦٨) ٣- المحلوف عليه (٩٦٩) ٤- زوجه (٩٧٠) ٥- الصيغة (٩٧١)

٦- مدة الايلاء (٩٧٢)

المبحث الثالث : آثار الايلاء (٩٧٣)

١- مطالبة الزوجة بالقىء

٢- متى تقع الفرقة بالايلاء (٩٧٥) مناقشة اراء المذاهب (٩٧٧) ادلة

هذه الآراء (٩٧٨)

٣- هل الفرقة بالايلاء طلاق بائن ام رجعي (٩٧٩)

الفصل الرابع : الفوقة بتغيير الدين (٩٨٢)

المبحث الاول : اثر تغيير دين احد الزوجين على الزواج

في الشريعة الاسلامية (٩٨٤)

الفرع الاول : ردة احد الزوجين (٩٨٤) - ١ - اذا ارتد الزوج - ٢ - اذا

ارتدت الزوجة (٩٨٥) - ٣ - اذا ارتد الزوجان معاً (٩٨٦) نوع

الفرقة التي تقع بالردة (٩٩١)

الفرع الثاني : اسلام احد الزوجين (٩٩٢) - ١ - اذا اسلم الزوجان معاً او

اسلم الزوج وكانت زوجته كتابيه (٩٩٣)

الاجتهادات القضائية : الفرقة لتغيير الدين طلاق وليس بفسخ . لا تقع

الفرقة بنفس الاسلام اذا اسلم الزوج فلا فرقة (١٠٠٠)

اذا ابى الزوج الاسلام فرق بينهما (١٠٠١) ما يعتبر به المروءة مسلماً (١٠٠٢)

ما ذهب اليه الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة . ما يطالب به الاستاذ حلمي

بطرس (١٠٠٢) ما ذكره الدكتور احمد سلامة . مشروع قانون

الاحوال الشخصية الموحد (١٠٠٣) نصوص الفقهاء في ان العبرة في

الاسلام للظاهر لا للباطن . مناقشة جميع الآراء السالفة وتوجيهنا ان

القاضي لا يحق له ان ينظر الى البواعث على الاسلام بل عليه الحكم

بالظاهر (١٠٠٥) ما ذهب اليه محكمة النقض المصرية وما خالفها من

آراء (١٠٠٦) ماذا وراء البحث عن الباعث على اسلام احد الزوجين

(١٠٠٧) - ١ - الحيلولة دون الغش والاحتيال في اسلام احد الزوجين

(١٠٠٧) يمكن علاج ذلك بتطبيق احكام الشريعة الاسلامية على المرتد،

فالمسيحي مثلاً اذا اراد ان يسلم للغش حتى اذا تم له ما اراد عاد الى دينه

يفكر في تطبيق احكام المرتدين عليه فلا يقدم إلا عن عقيدة وإلا حرم

من حقوقه وحجر على تصرفاته . واما القتل فلا يطبق لتعطيل هذا

الحكم (١٠٠٨) - ٢ - عدم الحاق الضرر بالزوج الآخر . يمكن علاج

ذلك باعطاء حق طلب فسخ الزواج للطرف الآخر الذي بقي على دينه
الاراء التي اطلعت عليها في علاج ذلك (١٠١٠) . رأينا في هذا الموضوع
ان القاضي يحكم بالظاهر في اسلام احد الزوجين وللحيلولة دون الفسح
نطبق احكام المرتدين ولضمان الحقوق المكتسبة نعطي حق طلب الفسخ
للزواج الآخر (١٠١٢) .

المبحث الثاني : اثر تغيير الدين في اليهودية والمسيحية (١٠١٤)

الفرع الاول : اثر تغيير الدين في اليهودية على الزواج (١٠١٤)

الفرع الثاني : اثر تغيير الدين في المسيحية على عقد الزواج (١٠١٥) الاقباط

الارثوذكس (١٠١٦) الروم الارثوذكس . الارمن الارثوذكس

(١٠١٧) التعول من مذهب لآخر . البروتستانت (١٠١٨) . احصاء

عن عدد الطلاق ونسبة الاولاد للمطلقين ومضي المدة على عقد الزواج .

وبيان اسباب الطلاق وهل هي من جانب الزوج ام بناء على طلب

الزوجة وذلك بالرجوع الى النشرات الرسمية التي تصدرها الدول

العربية في هذا الموضوع .

ملاحظات واقتراحات هامة في هذا الموضوع (١٠٢٤) .

خاتمة (١٠٢٩)

المصادر والمراجع ١٠٤١

فهرس أهم الاعلام الذين وردت ترجمتهم في هامش هذا الكتاب ١٠٦٦

فهرس اهم التعليقات التي وردت في هامش هذا الكتاب ١٠٦٨

فهرس اهم المبادئ القضائية التي وردت في هذا الكتاب حسب الشريعة

الاسلامية في قوانين الاحوال الشخصية ١٠٨٠

فهرس اهم المبادئ المالية والقضائية لدى الشريعتين اليهودية والمسيحية

والقوانين الاجنبية . ١٠٨٥

فهرس مواضيع الكتاب ١٠٨٩

من آثار المؤلف :

المصالح المرسلة في الفقه الاسلامي .

اثر التعرف والعادة في التشريع الاسلامي .

تحت الطبع :

فلسفة الميراث وتصفية التركات بين الفقه والقانون .

كلمة شكر

اتقدم بجزيل الشكر وعظيم التقدير الى استاذي الكبير الدكتور احمد الدمان
رئيس جامعة دمشق لما منحتني به من تشجيع ومعونة ولما قدم لي من تسهيلات
في سبيل اخراج هذا الكتاب باسرع وقت ممكن .

كما واني اشكر السيد مدير مطبعة جامعة دمشق وجميع القائمين على العمل
فيها ، وأخص بالذكر اولئك العمال الجنود المجهولين الذين ساهموا في طببع هذا
الكتاب واخرجه قريباً من الكمال .

وفقنا الله جميعاً لما فيه الخير .

المؤلف

هذا الكتاب

- ♦ « اول بحث يعالج نظام الطلاق في الاسلام في موضوع مستقل »
- ♦ « دراسة مقارنة محررة في المذاهب الاسلامية الثمانية مع ردها الى اصولها من القرآن والسنة واقوال الصحابة »
- ♦ « مقارنة الشريعة الاسلامية بغيرها من الشرائع والنظم »
- ♦ « تحليل لأهم المبادئ القضائية في هذا الموضوع »
- ♦ « رد شبهات حول الطلاق في الشريعة الاسلامية »
- ♦ « اقتراح الحلول العملية لتقييد حق الرجل في الطلاق وابرار مدى ما تتمتع به الزوجة من ممارسة هذا الحق »
- ♦ « احصاء علمي دقيق عن نسبة الطلاق في البلاد العربية وبيان اسبابها وطرق علاجها »

Princeton University Library



32101 074498765